المدخل إلى علم القانون

تأليف

الدكتور غالب علي الداودي

كلية الحقوق – جامعة جرش الأهلية

٢٠٠٤

رقم الايداع لدى دائرة المكتبة الوطنية
(١٩٩٩/٨/١٤٨٣)

رقم التصنيف : ٣٤٠

المؤلف ومن هو في حكمه : غالب الداودي

عنوان المصنف : المدخل الى علم القانون

الموضوع الرئيسي : ١- العلوم الاجتماعية
٢- القانون

بيانات النشر : عمان: دار وائل للنشر

* - تم اعداد بيانات الفهرسة الأولية من قبل دائرة المكتبة الوطنية

الرقم المعياري الدولي للكتاب: (ردمك) ISBN 9957-11-059-4

الطبعة السابعة
٢٠٠٤

DAR WAEL
Printing - Publishing

دار وائـــل
للطباعة والنشـــر

شارع الجمعية العلمية الملكية – هاتف : ٥٣٣٥٨٣٧ ص.ب ١٧٤٦ الجبيهة

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمــــة

عندما قمت بتدريس مساق المدخل إلى علم القانون في كلية الحقوق بجامعة مؤتة عام ١٩٩٢ وفي قسم القانون بجامعــــة الـسيرموك عــام ١٩٩٣ وجــدت ان الطالب الأردني يتزود خلال دراسته القانونية بثقافة قانونية غير أردنية لاعتمـــاده على مؤلفات قانونية في غير التشريعات الأردنية لعدم توافر الكتاب القانوني فـــي التشريع الأردني مما يجعل إلمامهم بالتشريع الأردني ضعيفاً أو معدومـــاً، فقمـت بتأليف وطبع كتاب (المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني) خصيصاً لطلبة قسم القانون في جامعة اليرموك بشكل غير نهائي وبأعداد قليلة. إلا أن الكتاب سـرعان ما أخذ طريقه إلى أغلب كليات الحقوق في المملكة. فاعتمد تدريسه في قسم القانون بجامعة اليرموك وكلية الحقوق في جامعة مؤتة بجناحيها المدني والعسكري وكليـــة التجارة وكلية الحقوق في الجامعة الأردنية وكلية الحقوق في جامعة جرش الأهليـــة وكلية الحقوق في جامعة إربد الأهلية وكلية الحقوق في جامعــــة آل البيــت ودرس أيضاً في كلية الحقوق في جامعة الزيتونة الأهلية وكليـــــة الحقــوق فـــي جامعـــة الزرقاء الأهلية وكلية الحقوق في جامعة فيلادلفيا الأهلية مما أدى إلى ازدياد الطلب عليه وقيام المكتبات الأهلية باستنساخه دون موافقتي، فاضطررت إلى طبعه هـــذه الطبعة المنقحة المزيدة لتلبية الطلبات التي انهالت عليّ من جميع أنحاء المملكة.

الدكتور غالب الداودي

جامعة جرش الأهلية

إربد – المملكة الأردنية الهاشمية

تمهيد

ان الإلمام بأي ضرب من ضروب المعرفة يقتضي التمهيد له بمقدمة تيسر التعرف على موضوعه ونطاقه وأهميته قبل الولوج في أعماقه. ذلك ان لكل علم مقدمة تبحث في الأصول التي تمهد لدراسته واستيعابه ، ولهذا يحسن بنا التمهيد لدراسة هذا العلم الذي عرف بتسميات مختلفة لعل أكثرها شيوعاً هو (المدخل إلى علم القانون) و (أصول القانون) و(مبادئ القانون) و (المدخل إلى العلوم القانونية)، بمقدمة نتناول فيها تحديد معناه وبيان موضوعه ومدى أهميته وتاريخ نشوئه واهتمام الأمم بدراسته. فعلم المدخل إلى القانون هو العلم الذي يبحث فيما يحكم القانون من مبادئ عامة ونظريات مشتركة بين شرائع الأمم، لأنه يتخذ من القانون برمته موضوعاً له. وقد ذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار دراسة المدخل إلى علم القانون بشكله العام من الدراسة التحضيرية للطالب المبتدئ في دراسة القانون ووجوب تدريسه في الصفوف الأولى من الدراسة الجامعية بهدف تزويد الطالب - وهو في مطلع حياته العلمية - بصورة مجملة عن القانون في ماهيته ونشأته ومقوماته ومصادره وأقسامه وما إلى ذلك من المعلومات الأولية اللازمة وإعداد عقله وتنمية ملكاته لتقبل الدراسة التفصيلية لفروع القانون المختلفة والإقبال عليها في سنوات الدراسة الأخرى، كما هو الوضع في الدول التي يعتمد قانونها الوضعي على النصوص التشريعية ، مثل الأردن ومصر والعراق وفرنسا ...إلخ.

ويرى البعض الآخر منهم ان دراسة هذا العلم يجب أن تكون في الصفوف المنتهية لمن أحاط علماً بفروع القانون وأحكامه بتعمق وتقصي لجميع ما تم الإلمام به من أصول مشتركة ومبادئ عامة مجردة ترجع إليها الجزئيات لتكون له عوناً في الكشف عن الاتجاهات الرئيسة في الفكر القانوني التي يستطيع على هديها أن يحكم على الأمور حكماً مبنياً على تقدير علمي سليم، ويصح تسميته بحق في هذه الحالة بـ (فلسفة القانون) ، كما هو الوضع في الدول التي يرجع تشريعها في أصله إلى القانون غير المكتوب الذي نماه مع الزمن القضاء من الأعراف بفعل السوابق القضائية، مثل انكلترا ونيوزلندا واستراليا....إلخ.

ففي انكلترا يدرس هذا العلم في خاتمة دراسة الحقوق بصورة فلسفية عميقة للسمو بها إلى درجة من التجريد والاستقراء المنطقي والتعمق العلمي تتفق مع حالة من أتم دراسة

القانون ووعي فروعه وتفصيلاته ولم يبق إلا أن يستخلص مافيه من فلسفة ويرد أحكامه التفصيلية إلى المذاهب والاتجاهات الرئيسة، والجزئيات إلى أصول عامة مشتركة في علم المدخل إلى القانون.

ولا شك ان الطريقة المثُلى في دراسة المدخل إلى علم القانون هي الجمع بين الاتجاهين السابقين في آن واحد، بأن يدرس هذا العلم في أولى سني الدراسة كمقدمة مبسطة للقانون ويدرس أيضاً في آخرها دراسة عميقة مفصلة تستقصى منه النظريات القانونية المختلفة استقصاءً عميقاً شاملاً باعتبارها فلسفة للقانون.

وفائدة هذا العلم لا تقتصر على المعنيين بدراسة القانون فحسب، بل تتجاوز إلى غيرهم. ذلك لأن علم المدخل إلى دراسة القانون يهتم في معرض دراسته للأصول المشتركة بين القوانين الوضعية بموضوعات لا غنى عنها لكل مثقف. فهو يعرض لدراسة طبيعة القوانين وطبيعة العلاقات القانونية التي تنشأ بين الأشخاص وتولد الحقوق وترتب الواجبات، ويتناول بالبحث أيضاً طرق المحافظة على هذه الحقوق والدفاع عنها. ولما كان من المفيد لكل فرد وان لم يكن من رجال القانون أن يكون ملماً بالقوانين التي تحكمه وعارفاً بالحقوق التي تقررها له هذه القوانين وتحميها بوصفه مواطناً أو عضواً في المجتمع أو طرفاً في التعامل، وطرق المطالبة بها ووسائل حمايتها، فإن الاهتمام بهذا العلم يكون ضرورياً للجميع وتبدو عنصراً هاماً من عناصر الثقافة العامة. لأنه إذا أمعنا النظر في مميزاته نجدها كما يلي:

١- انه علم، بوصفه ضرباً من ضروب المعرفة استكمل كيانه بالتطور وتميز بوحدة الموضوع وقواعد كلية ونظريات عامة.

٢- انه لايأبه بالأحكام التفصيلية التي تختلف باختلاف القوانين وتتأثر بحاجات الأمم وظروفها، وانما يتناول بالبحث الأفكار المشتركة المتماثلة السائدة في مختلف التشريعات والمنطبقة على جميع الحالات. فحق الملكية والحقوق العائلية وفكرة العقد ومسؤولية الشخص عن الأضرار التي يسببها للغير ونطاقها وطبيعتها وعبء إثباتها، أفكار تسلم بها التشريعات كافة وان اختلفت في تفصيل قواعدها، كتحديد طرق انتقال الملكية وحدود سلطة المالك على ملكه ومدى سلطان الإرادة في إنشاء العقد وتنظيم أحكامه...الخ.

٣- انه لايركز اهتمامه في حقل معين من حقول الحياة القانونية ليتولاه بالبحث والتنظيم، وانما يتولى الحياة القانونية برمتها ليتحرى عن الأصول المشتركة والأفكار القانونية

التي تسودها في مختلف فروعها مدنية كانت أو تجارية أو جنائية أو غيرها.

٤- انه أرضية جميع القوانين المختلفة ووسيلة للإحاطة بخصائصها وبالمبادئ الرئيسة التي ترتكز عليها. لأن القوانين و ان كانت تختلف عن بعضها إلى مدى متفاوت بتأثير من عاملي الزمان والمكان وبسبب اختلاف طبيعة الروابط التي تتناولها بالحكم، إلا أن هذا العلم يشدها إلى بعضها بنظرية عامة ويجمع بين المبادئ العامة المشتركة فيها، وبفضل هذه المميزات يتسنى معرفة الفروق التي تنهض بين فروع القانون من مدني وتجاري ودولي وجنائي ...الخ. فهو إن كان لايركز اهتمامه في حقل واحد من حقول الحياة القانونية وانما يتولاها جميعاً بالبحث، فإن كل فرع من فروع القانون يُعنى بدراسة حقل واحد من حقول الحياة القانونية وتتصف روابطه بالتجانس في طبيعتها. وإن كان لايأبه بالأحكام القانونية التفصيلية وانما يعبأ بالأفكار والمبادئ القانونية المشتركة بين مختلف القوانين وفروعها، فإن كل فرع من فروع القانون يتضمن أحكاماً جزئية وقواعد تفصيلية تشمل الروابط القانونية التي ينظمها موضوع النشاط الذي يتولاه بالتنظيم .

مدى اهتمام الامم بدراسة هذا العلم:

عنيت الأمم المختلفة بعلم المدخل إلى دراسة القانون وبذلت محاولات وجهود قيمة لتحديد أسس واضحة له. فالإغريق لاينسب الفضل إليهم في خلق هذا العلم لأن اهتمامهم كان منصباً على «الفلسفة» وبرزوا فيها ولكنهم ماخلقوا فقهاً أصيلاً ولا تركوا دراسات عميقة في القانون. إلا أن غلبة الطابع الفلسفي على نشاطهم الفكري ساقتهم إلى إلقاء نظرات فاحصة على مسائل هي من صميم هذا العلم. فكانت بحوث (أفلاطون) في كتابيه (الجمهورية الفاضلة) و(القوانين) مناقشة مستفيضة في أصول الدولة والقانون، وكانت آراء (أرسطو) في العدل الطبيعي والعدل القانوني وفي تمييز القانون الطبيعي عن القانون الوضعي وفي الكلام عن تجرد قواعد القانون ومايقرب المجردات العقلية من خير وعدل إلى الحياة القانونية، تؤكد خوض الإغريق في البحث عن طبيعة القانون ومصادره وان كان ذلك لم يتجاوز النطاق الضيق في مجال هذا العلم.

أما الرومان، فرغم اهتمامهم وبراعتهم في صناعة القانون إلا أنهم أهملوا العناية بدراسة المبادئ الأساسية التي تقوم عليها قواعد القانون وتحكم العلاقة بين فروعه. فهم تركوا تراثاً ضخماً في ميدان الإنتاج القانوني المتميز بدقة الصياغة، إلا أن نصيبهم في الفلسفة القانونية كان قليلاً جداً ولا يتعدى البحث عن القانون الطبيعي وقانون الشعوب.

أما الفقه الألماني فقد أسهم إسهاماً كبيراً في تطوير وازدهار الفلسفة القانونية التي ظهرت في أواخر القرن الثامن عشر، ونشأت في ألمانيا مدارس ومذاهب قانونية عديدة على أيدي الفقهاء مثل (كانت) و (اشتاملر) و (هيجل) زعماء مذهب (القانون الطبيعي) الذي خلق الفلسفة الوصفية في البحث عن القانون وأصوله، و(سافيني) زعيم مذهب (التطور التاريخي)، و(إهرنج) زعيم مذهب (الغاية والكفاح). ومنهم انتقل البحث في ذلك إلى الفقهاء في الدول ذات الاتجاه الأنجلوسكسوني التي تعتمد تشريعاتها على أحكام القضاء كمصدر لها دون أن يكون للفقه أي دور ملحوظ في ذلك، كما في انكلترا وأمريكا واستراليا. ولذلك لجأ رجال القانون إلى دراسة هذا العلم فلسفياً ليستخلصوا منه مبادئ عامة تربط أجزاء القانون المتناثرة في أحكام القضاء بدلاً عن الشروح الفقهية لأحكام القانون التفصيلية.

ثم تعدى الاهتمام بهذا العلم إلى أمم غربية أخرى. ففي ايطاليا ساهم الفقهاء في الحركة العلمية لفلسفة القانون، وقاموا في بادئ الأمر بترجمة المؤلفات الألمانية في فلسفة القانون ثم استقلوا في أبحاثهم القانونية وبرز فيهم فلاسفة في القانون مثل (مانشيني) و(لومبروزو) و (جيوبرتي)،في حين لم يبدأ الاهتمام بدراسة علم المدخل إلى دراسة القانون في فرنسا إلا منذ عهد قريب. لأن نابليون بونابرت كان يكره تدريس القانون دراسة نظرية بروح فلسفية معتقداً ان دراسة تقنيناته بطريقة عملية تغني الطالب عن كل ما سواها، وكان لمجموعات نابليون عام ١٨٠٤ وخاصة (القانون المدني) وللطريقة التي سلكتها (مدرسة الشرح على المتون) في دراسة القانون شأن في هذا المجال.

أما في العالم العربي، فقد تقدم المصريون على سواهم في دراسة هذا العلم وتدريسه والكتابة فيه في الكليات المصرية المعنية بدراسة القانون كمساق إجباري وعلى اعتباره مقدمة ضرورية لدراسة فروع القانون وصدرت فيه مؤلفات عديدة في فلسفة القانون والمبادئ العامة للقانون. ولذلك تعد مصر أسبق البلدان العربية في العناية بدراسة هذا العلم.

وفي العراق عندما تأسست مدرسة الحقوق عام ١٩٠٨م في العهد العثماني لم يكن المدخل إلى علم القانون يدرس ضمن المواد المقررة فيها، إنما أدخل تدريسه إلى منهاج كلية الحقوق عام ١٩٣٥م على يد المرحوم الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري عندما تولى عمادتها وقرر إدخال تدريسه ضمن المواد المقررة في السنة الأولى، ثم توسع تدريسه في

كليات أخرى، كالتجارة والاقتصاد والعلوم السياسية والشرطة.[1]

وفي المملكة الأردنية الهاشمية يعد علم المدخل إلى القانون من المساقات الإجبارية لطلبة السنة الأولى في كليات الحقوق وعدد من الكليات الأخرى . ففي جامعة اليرموك هو مساق إجباري لطلبة قسم القانون في كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية ويدرسها طلبة بعض الأقسام في الكليات الأخرى كالعلوم السياسية، وكان قد أدخل لأول مرة ضمن المواد المقررة لطلبة الكليات الأولى التي تأسست في الجامعة الأردنية قبل كلية الحقوق مثل كلية الاقتصاد والعلوم الإدارية ثم درس ضمن المواد المقررة لطلبة كلية الحقوق عند تأسيسها في الجامعة الأردنية عام ١٩٧٧م.

وعني فقهاء الشريعة الاسلامية عناية فائقة بعلم أقرب ما يكون لعلم المدخل إلى دراسة القانون، هو (علم أصول الفقه) الذي تناولوا فيه بالبحث المبادئ الأساسية للفقه الاسلامي ومصادره، ووضعوا القواعد العامة والأصول الكلية التي يستعان بها في تفسير النصوص وفي استنباط الأحكام وينسب الفضل في إرساء علم أصول الفقه إلى الإمام (الشافعي محمد بن ادريس).[2]

منهج الدراسة

يتخذ علم المدخل إلى دراسة القانون من القانون برمته موضوعاً له فيتولى تحديد معناه والكشف عن خصائص قواعده المتميزة عن قواعد السلوك الأخرى والبحث عن طبيعته وأساسه والكشف عن العناصر التي يتكون منها والمصادر التي تمده بالقوة الملزمة وكيفية نشوء قواعده والإلمام بفروعه وتتبعه في حياته وفنائه والإحاطة بكيفية تفسير والغاء قواعده وبيان طرق التوصل إلى الاستزادة من أحكامه لحاجات المجتمع المتطور وهو في كل ذلك يكون قد استخلص نظرية القانون.

إلا أن مهمة هذا العلم لاتقف عند استخلاص نظرية القانون فحسب، بل تتجاوز إلى استخلاص نظرية للحق أيضاً . ذلك ان القانون يتناول بالتنظيم العلاقات بين الأشخاص ويقرر الحقوق والواجبات التي تنشأ عن هذه العلاقات، فلا بد إذن من دراسة الرابطة التي

---

(١) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير – المدخل لدراسة القانون– مطبعة التعليم العالي في الموصل/ ١٩٨٩–ص١٠–١٢ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك – أصول القانون– مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/١٩٨٢–ص٤–٦ والاستاذ عبد الرحمن البزاز – مبادئ أصول القانون– مطبعة العاني – بغداد / ١٩٥٤ ص ١٠–١٢.

(٢) انظر الدكاترة حمد عبيد الكبيسي ومحمد عباس السامرائي ومصطفى الزلمي – المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية– الطبعة الأولى– دار المعرفة– بغداد / ١٩٨٠– ص ٢٣.

يهدف القانون إلى تنظيمها وهي (الحق) للتلازم الموجود بين القانون والحق.

فالحق اختصاص يقره القانون ويحميه لشخص في نطاق معلوم. لأن القانون في تنظيمه لعلاقات الأشخاص إنما يفعل ذلك عن طريق تحديد سلطة كل منهم إزاء الآخرين، أي يحدد حقوقهم وواجباتهم وينظمها منعاً من تضاربها، ويبين ماهو جدير منها بالحماية والرعاية، كحق الملكية مثلاً.

فإذا وجد القانون وجد الحق، ولا يمكن تصور الحق بغير القانون، لأن الحقوق يقررها القانون. وأياً كان الحق يقابله واجب على الكافة بمقتضى القانون، وهذا الواجب هو عدم القيام بفعل يتعارض مع ما يتمتع به صاحب الحق من امتيازات في الحدود التي رسمها القانون.

ولعل هذا يبين لنا بوضوح الصلة الوثيقة بين الحق والواجب من جهة، وبينهما وبين القانون من جهة أخرى. فالحق والواجب وجهان لعلاقة قانونية واحدة يستتبع وجود أحدهما وجود الآخر، وليس هناك أي حق أو واجب إلا بمقتضى القانون . كما ان القانون لم يوجد إلا ليقرر الحقوق والواجبات . فالحق لا قيمة له مالم يقرره القانون ويحميه، ولاجدوى من القانون إن لم يحدد ما للفرد من حقوق سواء أكانت إزاء أسرته أم إزاء غيره ممن يدخل وأياهم في روابط اجتماعية أو إزاء السلطات العامة في المجتمع وما لكل هؤلاء من حقوق قِبَله. ولا تقتصر مهمة القانون على بيان الحقوق وانما تتعداه إلى بيان الوسائل الكفيلة بحمايتها ودرء خطر الاعتداء عليها. وبناء على ذلك يهتم هذا العلم بدراسة نظرية الحق، من حيث تعريف الحق وأركانه ومصادره وأنواعه ...الخ .

ونخلص مما تقدم إلى القول باننا سوف نهتم خلال دراستنا لهذا العلم بـ(نظرية القانون) أولاً ثم بـ(نظرية الحق) ثانياً، إن شاء الله .

الباب الأول
نظرية القانـــون

الفصل الأول
معاني القانون وضرورته واصله وخصائص قواعده ونطاقه

المبحث الاول
معاني لفظ القانون

القانون كلمة عامة يقصد بها معانٍ متعددة . فهو لفظ يفيد النظام، والنظام معناه أن تسير الأمور على وجه مستمر ومستقر وثابت، وبهذا المعنى أطلق لفظ القانون في لغة الفلسفة على النظم التي تحكم الظواهر الطبيعية والاقتصادية والاجتماعية ...إلخ.

فمثلاً يقال في هذا المعنى (قانون الكون) ويراد به نظام الكون المستقر من دوران الكواكب وسيرها وتعاقب الليل والنهار، و (قانون الجاذبية) ويراد به قاعدة انجذاب أي جسم يُرمى به في الفضاء نحو الأرض، و (قانون العرض والطلب) ويراد به القاعدة المستقرة في الاقتصاد من تأثر الأسعار والأجور باختلال التوازن بين العرض والطلب في السلع والخدمات ، و(قانون البقاء للأصلح) ... إلخ .

ففي هذا المجال نجد ان لكل شيء قانونه الذي يحكمه. فقانون الأخلاق هو الخير، وقانون المنطق هو الحق، وقانون العدالة هوالحكم بين الناس بالعدل.

وفي الاصطلاح القانوني يستخدم لفظ القانون في معنى عام ومعنى خاص. فالقانون في المعنى العام هو (مجموعة قواعد السلوك العامة المجردة الملزمة التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع وتقترن بجزاء مادي حال، و تقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الحاجة).

وفي المعنى الخاص يسمى قانوناً كل قاعدة أو مجموعة من القواعد القانونية التي تصدر عن السلطة التشريعية في الدولة، ويكون المقصود بالقانون عندئذٍ التعبير عن التشريع الوضعي. فيقال :قانون المحاماة، و قانون الجامعة، وقانون التجارة... الخ.

وقد يراد بكلمة القانون الدلالة على قوانين دولة معينة بصورة عامة. فمثلاً لو قلنا

القانون الأردني، فإننا نعني بذلك القوانين المعمول بها في المملكة الأردنية الهاشمية ، كقانون التجارة وقانون الجنسية وقانون العمل ... الخ .

وقد تستخدم كلمة القانون للدلالة على قانون معين بالذات من مجموع القوانين السارية في الدولة، كقولنا القانون المدني الأردني و قانون الجنسية المصرية و قانون العمل اللبناني[1].

فلفظ القانون يفيد معنى عاماً ومعنى خاصاً، والذي يهمنا هنا هو المعنى العام الذي ينصرف إلى مجموع قواعد السلوك الملزمة للأفراد في المجتمع.

المبحث الثاني
ضرورة القانون وغرضه

قلنا ان القانون بمعناه العام، هو مجموعة قواعد السلوك العامة المجردة الملزمة التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع وتقترن بجزاء مادي حال، وتقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء.

فمن هذا التعريف يتبين لنا ان القانون ضروري لقيام الجماعة، إذ لا يتصور قيام جماعة بلا قانون ما دام الانسان لا يستطيع أن يعيش بمفرده ولا يفي بكل حاجياته بنفسه منعزلاً بعيداً عن المجتمع. وإذا افترض عيش الإنسان وحيداً منعزلاً عن غيره من البشر، لما قامت الحاجة لوجود القانون، ولكن ليس هذا الافتراض إلا مجرد تصور وهمي لا وجود له في الحقيقة والواقع.

وعيش الإنسان مع غيره في مجتمع واحد يؤدي إلى قيام علاقات متنوعة بين الأشخاص ومصالح خاصة لكل واحد منهم وحصول تشابك وتناقض بين هذه المصالح مما يولد شرارة الاختلاف والنزاع والتخاصم من جراء رغبة كل شخص في إشباع شهواته وتحقيق مصالحه الخاصة دون الالتفات إلى مصالح الآخرين، ولذلك لا بد من تنظيم هذه المصالح تنظيماً يمنع أي تعارض بينها ويمنع الفوضى في المجتمع وإلا فإن القوي سيأكل الضعيف وتنتهك الحريات وتهدر الحقوق ولا تكون هناك أية حقوق أو حريات.

ووسيلة تنظيم هذه المصالح هي إصدار الأوامر النهائية من السلطة الآمرة المختصة كقواعد قانونية ملزمة للتوفيق بين مصالح الأشخاص وحماية حقوقهم وإزالة التضارب بينهم بسبب هذه المصالح. إذ تقف هذه القواعد الملزمة ضوابط تحدد ما يجب أن يكون عليه سلوكهم في المجتمع وتوضح ما لهم من حقوق وما عليهم من واجبات عن طريق رسم حدود

---

(١) انظر الدكتور سليمان مرقس- موجز المدخل للعلوم القانونية- القاهرة/١٩٥٢-ص٧. والدكتور حسن الخطيب -مبادئ أصول القانون مطبعة حداد-البصرة/١٩٦٥-ص٢٥ والدكتور علي محمد بدير- المدخل لدراسة القانون- دار الطباعة الحديثة-البصرة/١٩٧٠-ص٢١.

هذه الحقوق والواجبات، ولهذا يتعين عليهم احترامها والخضوع لها.

فأينما توجد جماعة من الأفراد يعيشون معاً، تقوم الحاجة إلى وجود القانون لتنظيم الروابط بينهم. ولما كانت الروابط الاجتماعية بين الأفراد تختلف باختلاف نواحي الحياة والزمان والمكان وطبيعة هذه الروابط، فكان لا بد من أن تكون القواعد القانونية التي تنظمها مختلفة أيضاً تبعاً لذلك. إلا أن الفكرة العامة الجوهرية للزوم هذه القواعد واحدة مهما اختلفت طبيعة الروابط التي تنظمها، ألا وهي فكرة التنظيم. ولهذا قيل (ان القانون سيد العالم)[1]. فالقانون لازم لقيام الجماعة، والجماعة لازمة لحياة الإنسان ولا يمكن لأي مجتمع أن يتمتع بالأمن والاستقرار إلا بتأمين سيادة القانون فيه. لأن القانون يضع قواعد عامة ملزمة تحدد ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات داخل الجماعة ويرسم طريقة التنافس المشروع بين الأشخاص في المجتمع للحيلولة دون التعدي والتصادم ويرسم لكل شخص حداً لا يتجاوزه في التمتع بحقوقه وحريته ليهيئ للجميع قدراً من الحرية ومجالاً للنشاط بغية حفظ كيان المجتمع وتحقيق الصالح العام. فكل شخص يتمتع بالحقوق والحريات المقررة له بمقتضى القانون ويباشرها في الحدود التي رسمها القانون له ولا يستطيع أن يعتدي على حقوق الآخرين. لأن حرية كل شخص تقف عندما تبدأ حرية الآخرين، وإذا اعتدى، فهناك الجزاء الرادع الذي يقرره القانون . فالقانون إذن يقرر الحقوق للأفراد ويحميها ويصون حرياتهم ضمن المصلحة العامة لحفظ كيان المجتمع على أساس سليم تتحقق فيه مبادئ العدالة بشكل يكفل كيان الجماعة ويضمن تقدمها ورقيها، ومن هنا تظهر لنا بوضوح ضرورة القانون وأهميته لحفظ كيان المجتمع. فهو ملازم له في نشأته ومساير له في تطوره . ويتضح لنا أيضاً غرض القانون إلى جانب ضرورته. إذ ان القانون يرمي في الواقع إلى غرضين رئيسين: الأول هو إقرار وصون حقوق وحريات ومصالح الأفراد، والثاني هو حفظ كيان المجتمع بتأمين النظام والاستقرار فيه وكفالة تحقيق المصلحة العامة.

فوظيفة القانون الأساسية هي تنظيم المجتمع تنظيماً يحقق هذين الغرضين ويوفق بينهما. أو بعبارة أخرى وظيفة القانون هي تنظيم المجتمع تنظيماً من شأنه التوفيق بين مصالح الأفراد وحرياتهم وبين الصالح العام للجماعة بما يحقق الخير العام من أجل توفير أسباب بقاء المجتمع ورقيه. ومن أجل أداء هذه الوظيفة وجد القانون منذ عيش الإنسان في المجتمع. ففكرة المجتمع وفكرة القانون متلازمتان، لأن الحياة في المجتمع توحي إلينا بوجود

---

(١) انظر الدكتور توفيق حسن فرج- المدخل للعلوم القانونية- الكتاب الأول في نظرية القانون الاسكندرية/١٩٦١-ص٥ والاستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق -ص١٥ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق- ص٢٧-٢٩.

خطة مرسومة لنشاط أعضائه ومن هذا الإيحاء يستخلص العقل فكرة القانون لتحقيق التقريب والتوفيق بين حقيقتين لا يسهل التوفيق بينهما، هما حرية الفرد ومصلحة المجتمع. ويجب أن يستند هذا التوفيق إلى أساس المساواة والعدالة بين الأفراد[1].

المبحث الثالث

المذاهب المختلفة في أصل القانون

كثر الجدل بين الفقهاء حول أصل القانون. هل هو إرادة السلطة الحاكمة التي تملك حق وضع القانون وإلزام الناس به حصراً؟ أم انبثاق من فكرة العدالة والقانون الطبيعي؟.

ورغم أن الخوض في هذا الموضوع مسألة متعلقة بفلسفة القانون، إلا أن البحث فيه يساعدنا على فهم طبيعة وأصل القاعدة القانونية. ويمكن حصر المذاهب التي تناولته بما يلي:

اولاً - المذاهب الشكلية:

وتسمى أيضاً بـ(نظرية القانون الوضعي) لأنها تحاول تحليل القانون تحليلاً وضعياً مجرداً عن الفرضيات والتصورات، وترى ان القانون ما هو إلا من عمل المشرع وإرادة الدولة في التنظيم، على أساس أن الطبقة الحاكمة هي التي تضع القوانين للطبقة المحكومة وما على الطبقة المحكومة إلا أن تخضع لأوامر السلطان في تنظيم العلاقات بين الأفراد. فهي بذلك تعارض فكرة القانون الطبيعي. ومن أهم هذه المذاهب الشكلية، نظرية الفقيه الانكليزي (اوستن) ومدرسة (الشرح على المتون)، ومن أنصارها أيضاً الفيلسوف الانكليزي (توماس هوبز) والفيلسوف الألماني (هيجل ١٧٧٠-١٨٣١م).

وقد أنتقدت المذاهب الشكلية على أساس انها لا تنفذ إلى طبيعة القانون المستمدة من عوامل مشتركة عديدة كالبيئة والعادات والتقاليد والأخلاق وتتجاهل إرادة الأمة التي هي العنصر الجوهري في تكوين القاعدة القانونية، ونشرح هنا بايجاز أهم هذه المذاهب الشكلية:

أ- نظرية (اوستن ١٧٩٠-١٨٥٩م):

عَرف (اوستن) القانون بقوله: (القانون بالمعنى العام والأكثر شمولاً للمعنى الحرفي المستعمل، قاعدة وضعت لتوجيه سلوك كائن مدرك من قبل كائن مدرك آخر له سلطان عليه).

وعَرفه في محل آخر بأنه: (أمر يصدر من السلطان، فرداً أو أفراداً في اتباع طريقة معينة في سلوكهم).

---

(١) انظر Prof.Dr. Abdulhak, Kemal Yoruk, Hukuk Felsefesi Dersleri, Brinici Kisim. 2 Tabi, Fakulteler Matabaasi-Istanbul-1958,sf.183-184.ve Dr. Rahmi Cobanoglu, Hukuk Gayeproblemi-Srmet Matbaasi-istanbul-1964. sf: 34-68

علماً ان (اوستن) لم يبتدع نظرية للقانون، وإنما قام بتحوير طفيف للنظرية التي قال بها (هوبز) من قبل وعرف فيها القانون كما يلي: (القانون ليس بنصيحة، بل أمراً، وهذا الأمر غير صادر من شخص اعتيادي، وإنما من شخص مسلم له بالطاعة موجه إلى آخر ملزم بأن يطيعه)[١].

ب- مدرسة الشرح على المتون:

قامت هذه المدرسة في فرنسا وهي شبيهة بنظرية (اوستن)، لأنها تجعل المشرع المصدر الوحيد للقانون وتعنى بالنصوص القانونية عناية فائقة، وتتعهد بمفاهيمها إلى أقصى حدود التقيد، وقد سميت بـ(مدرسة الشرح على المتون) لأن أهم مهام أصحابها شرح نصوص القانون بصورة عملية تطبيقية دون التوغل في آفاق نظرية واسعة حول طبيعته، ولهذا أعتبرت من المذاهب الشكلية، لأنها لا تحلل طبيعة القانون تحليلاً فلسفياً، بل تكتفي بالظاهر وتعترف بكل ما شرعه المشرع، ولا شيء غير ذلك يصلح أن يسمى قانوناً. ففي عام ١٨٠٤م صدرت مجموعات نابليون في القانون وتناول فقهاء القانون في فرنسا شرح النصوص القانونية المدونة فيها وكرسوا جهودهم في التعليق والتفسير لمراد القانون ملتزمين بالنص التشريعي في هذا التفسير والتعليق. لأن نابليون كان يكره شرح قوانينه شرحاً نظرياً فلسفياً، وكل ذلك دفع الفقهاء في فرنسا إلى تكوين مدرسة فقهية تقابل مدرسة (اوستن)، وكان من أشهر فقهاء هذه المدرسة (اوبري، رو، ديمولومب، لوران، بودري، لاكنتري)، ومن أهم أسسها التقيد بحرفية النص والتحري عن نية المشرع الحقيقية[٢].

ثانية- المذاهب المثالية:

ومن أهم هذه المذاهب، (مذهب القانون الطبيعي) الذي ذهب إلى أن أصل القوانين الوضعية هو ما أودعه الله في الطبيعة من قانون طبيعي، وهو ثابت وسرمدي وخالد لا يتغير بتغير الزمان والمكان شأنه شأن حياة الإنسان الطبيعية الخاضعة لقوانين ثابتة في مختلف الشعوب، ويكشف العقل البشري عن هذا القانون الطبيعي ويخضع جميع الناس لسلطانه وهو يوجههم لما فيه خيرهم وصلاحهم[٣].

---

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٥٦ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص١٠٠ وما بعدها.

(٢) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٦٤ والدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص٣٠٦.

(٣) انظر الدكتور عبد القادر الفار -المدخل لدراسة العلوم القانونية- مبادئ القانون- النظرية العامة للحق-مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان/١٩٩٣-ص١٥-١٦ والاستاذ عبد الرحمن البزاز-المرجع السابق- ص٣٨-٥٥.

ومن أنصار هذا المذهب (توماس هوبز، وجون لوك، وجان جاك روسو) الذين عملوا في نظرية العقد الاجتماعي لتقرير سلطان الأمة والديمقراطية والمساواة بالبحث عن أصل القاعدة القانونية وأساس شرعيتها والسبب في إطاعة الأفراد لهذه القواعد، وللحد من القوانين الوضعية التي تتعارض مع حقوق الإنسان الطبيعية بجعل القانون الطبيعي بمثابة رقيب على عمل المشرع واعتبار خروجه على قواعد هذا القانون خروجاً على قواعد العدالة ومفهومها في الحكم. ولقد كانت فكرة القانون الطبيعي فلسفة عند اليونان وقانوناً عند الرومان وديناً روحياً إلهياً عند رجال الكنيسة في العصور الوسطى وعقلاً في العصورالحديثة.

ثالثاً- مذهب التطور التاريخي (مذهب سافيني):

عندما سرت عدوى التقنين من فرنسا إلى أقطار أخرى في القارة الأوروبية، طالب بعض الفقهاء في ألمانيا بتقنين القانون الألماني على غرار ما جرى في فرنسا، فتصدى لهم الفقيه الألماني (كارل فون سافيني) معارضاً، على أساس أن وضع القانون في مواد مقننة يقضي -في رأيه- على نموه نمواً ذاتياً تدريجياً ويجعله جامداً فاقداً عنصر الحياة ومفتقراً إلى التطور الدائم غير المحسوس، حيث وضع سنة ١٨١١م رسالة شرح فيها مضار التقنين وانبعثت منها نظرية قانونية تعرف بـ(النظرية التاريخية) أو (نظرية التطور التاريخي)[1].

فيرى (سافيني) أن القانون من مظاهر الحياة الاجتماعية، وهو جزء من التراث القومي وثمرة التطور التاريخي، وهو بهذا الاعتبار كاللغة والدين والتقاليد ليس باستطاعة المشرع أن يصنعه صنعاً، بل انه ينمو نمواً مطرداً وتدريجياً وبصورة غير منظورة. وكان يرى أن وضع القانون المدني في ألمانيا بشكل مواد محددة في مجاميع يتطلب دراسة دقيقة لتقاليد الأمة الألمانية، ومعرفة كاملة لحاجاتها الاجتماعية، ويظهر من هذا أن (سافيني) لا يضع للقانون معياراً شكلياً كما فعل (اوستن) وأنصار (مدرسة الشرح على المتون). كما انه لا يجعل من الفرضيات المنطقية المجردة سبيله لمعرفة كنه القانون كما فعل أنصار (مذهب القانون الطبيعي)، بل اعتمد على استقراء التاريخ في تبرير نظريته وتدعيم أسسها المتمثلة في ضرورة القانون وتطوره[2].

وأنكر (سافيني) وجود قانون طبيعي ثابت غير متغير وأكد أن القانون يتغير ويتطور وفقاً لحاجات كل أمة وظروفها، ويترتب على كل ذلك اعتبار العرف المصدر الأول للقواعد

---

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٦٨ والدكتور علي محمد بدير -المرجع لسابق- ص١١٦ وما بعدها.

(٢) انظر الدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص٢١٨ وما بعدها والاستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٦٩.

القانونية وأن على المشرع أن يعدل النصوص وفقاً لتطورات المجتمع"[1]. وقد أيد هذا المذهب فقهاء آخرون من الألمان، مثل (هيجو) و (بوخته).

رابعاً - المذاهب المختلطة(مذهب العلم والصياغة):

مؤسس هذا المذهب هو (فرانسوا جيني) الذي لا يعتبر مبتكراً لفلسفة جديدة في أصل القانون، لأن دوره اقتصر على تحليل النظريات والمذاهب السابقة ومحاولة التوفيق بينها، وانتقد (مدرسة الشرح على المتون) من حيث وقوفها عند النص التشريعي، وأظهر بجلاء قيمة العرف كمصدر احتياطي لسد النقص في التشريع وأجاز التوسع في تطبيق النصوص التشريعية عن طريق البحث العلمي الحر وأقام نظريته في القانون على ركنين هما (العلم) و(الصياغة).

فركن (العلم) عنده هو المادة الأولية التي يستطيع العقل أن يكتشفها لصياغة القاعدة القانونية من واقع الحياة الاجتماعية، وهي عبارة عن حقائق متعددة يشكل مجموعها مادة القانون، وهذه الحقائق قد تكون واقعية أو تاريخية أو عقلية أو مثالية.

أما ركن (الصياغة) عنده، فهو ان الحقائق المستحصلة عن طريق (العلم) التي تشكل المادة الأولية للقاعدة القانونية تحتاج إلى صياغة وصب في شكل قواعد قانونية لتنظيم الروابط الاجتماعية. ومن هنا كانت الصياغة مهمة في بناء القانون مع التفرقة بين الصياغة المادية التي تشمل تحديد مدلول النص القانوني، والصياغة المعنوية التي يمثلها (جيني) بأمثلة متعددة أهمها الفروض واستعمال وسائل القياس.

وحمل (جيني) على مدرسة الشرح على المتون وانتقد جمودها عند تفسير النصوص التشريعية ويرى انه، للوقوف على نية المشرع الحقيقية وتفسير النصوص التشريعية وللحصول على كل المعاني التي يتضمنها النص يجب الرجوع إلى الفكرة التي أوحت للمشرع بالنص ودراسة العلاقة بين هذه النصوص"[2].

خامساً- نظرية الغاية الاجتماعية:

تصدى الفقيه الألماني (رودولف فون اهرنج ١٨١٨-١٨٩٢م) في نظريته المعروفة بـ(نظرية الغاية والكفاح) للنظريات الأخرى مبيناً انه يقبل مبدئياً معظم المقدمات التي أقرها (مذهب التطور التاريخي) ولكنه يعاكس زعمه (ان القانون يتطور تطوراً ذاتياً دون

(١) انظر الدكتور عبد القادر الفار -المرجع السابق- ص١٧-١٨.

(٢) انظر الدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص٢٣٦ وما بعدها والاستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٧٦ وما بعدها والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص١٢٩ وما بعدها.

أن تكون له غاية مرسومة أو هدف معلوم). ذلك لأن القانون وإن كان مظهراً اجتماعياً ينمو باستمرار، إلا أنه في نموه الدائم يهدف لغاية اجتماعية مقصودة، ولهذا ليس من المعقول إغفال الإرادة البشرية في تطوره، بل ان للمشرع دوره في تحقيق الأهداف المعينة التي يرمي إليها القانون. ويذهب إلى ما هو أبعد مدى من ذلك، فيقرر ان الإرادة هذه قد تصبح من القوة أحياناً بحيث تستحيل إلى كفاح مستمر. فأساس هذه النظرية إذن هو الغاية والكفاح[1].

المبحث الرابع

تعريف القانون وخصائص قواعده

تبين لنا مما سبق ان القانون في معناه العام هو (مجموعة قواعد السلوك العامة المجردة الملزمة التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع وتقترن بجزاء مادي حال وتقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الحاجة). فعند تحليل هذا التعريف يتضح لنا ان الخصائص الجوهرية للقاعدة القانونية هي:-

١- إنها قاعدة سلوك عامة ومجردة .

٢- انها تنظم روابط اجتماعية. أي انها تحكم سلوك الأشخاص في المجتمع.

٣- انها تهتم بالسلوك الخارجي للشخص.

٤- انها تقترن بجزاء مادي حال توقعه السلطة العامة على من يخالف أحكامها.

وسنشرح هذه الخصائص بالتعاقب.

اولاً- القاعدة القانونية عامة ومجردة :-

القانون مجموعة قواعد سلوك عامة ومجردة. ومعنى العمومية والتجريد في القاعدة القانونية هو أن لا يكون الخطاب فيها موجهاً إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات، ولا إلى واقعة أو وقائع معينة بالذات ، بل إلى مجموعة من الوقائع غير متناهية في العدد لا تتعين بذاتها، وإنما بالشروط التي تعين الوقائع المنطبق عليها هذا الخطاب وإلى جميع الأشخاص الذين يشملهم النص دون تمييز أو تفريق ، مثل القواعد القانونية التي تفرض الضريبة، وتنطبق على كل مكلف بالضريبة يشمله القانون في الحاضر أو في المستقبل. وهكذا قواعد القانون الجنائي التي تنطبق على كل من يرتكب جريمة تدخل في نطاق أحكام هذا القانون. فمثلاً يعاقب كل سارق دون استثناء وفقاً للقاعدة القانونيةالتي تعاقب على السرقة.

وقد يكون الخطاب موجهاً إلى طائفة من الأشخاص تتعين لا بذات أفرادها، وانما

---

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٧٧.

بالوصف الذي يقصده النص في الخطاب، كطائفة التجار والعمال والجنود والطلبة، ومع ذلك لا يخرج عن كونه قاعدة قانونية عامة ومجردة، لأن القانون عند وصفه المخاطبين بقواعده يتجه إلى الوصف المجرد عن ذات الموصوف وهذ ما يسمى في لغة القانون بـ(التجريد).

فالقواعد القانونية الخاصة بالتجار أو بالعمال أو بالطلاب أو بالجنود تتصف أيضاً بالعمومية والتجريد، لأنها تنطبق على كل من تتحقق فيه صفة التاجر أو العامل أو الطالب أو الجندي لا على التعيين . فالعبرة في معيار عمومية القاعدة القانونية وتجردها ليست بسعة انطباق القاعدة بالفعل، وانما بقدرة انطباقها على كل من تتوافر فيه شروط الانطباق . وبناء عليه، فقد يقتصر الانطباق الفعلي للقاعدة القانونية على شخص واحد، ومع ذلك لا تفقد صفة العمومية والتجريد بسبب قدرتها على الانطباق على كل من تتوفر فيه شروط انطباقها، كما لو كانت تنظم سلطة رئيس الدولة. فهنا لا تفقد القاعدة القانونية صفة العمومية والتجريد، لأنها لا تختص برئيس معين بالذات للدولة، بل تنطبق أحكامها على كل من يتولى رئاسة الدولة.

فالخطاب في القاعدة القانونية يوجه للناس كافة بصفة عامة ويشترط فيه عدم التخصيص لكي يتصف بالعمومية، وهذا هو المعيار الذي يفرق القاعدة القانونية عن قواعد السلوك الأخرى والأحكام الصادرة من المحاكم و الأوامر الإدارية الفردية الصادرة من الدوائر الرسمية. فالقاعدة القانونية الخاصة بتعيين الموظفين وترقيتهم وعزلهم في قانون خدمة الموظفين تتصف بالعمومية والتجريد لأنها غير موجهة إلى موظف معين بالذات، بل إلى كل شخص تتوفر فيه شروط التوظيف والترقية والعزل التي يستلزمها القانون عند توظيف أي شخص أو عند ترقيته أو عزله، بخلاف الأمر الإداري الصادر من جهة إدارية وفقاً للقانون المذكور بتعيين موظف معين بالذات أو ترقيته أو عزله. فمثل هذا الأمر لا يعد قاعدة قانونية، لأنه ينصرف إلى موظف معين بالذات، ولا يتصف بالعمومية والتجريد.

والقاعدة القانونية التي تجيز منح الجنسية بالشروط المنصوص عليها في قانون الجنسية، إنما هي قاعدة قانونية تتصف بالعمومية والتجريد، بخلاف الأمر الإداري الذي يصدر من السلطة التنفيذية وفقاً للقانون المذكور بمنح الجنسية لأجنبي معين، لأن هذا الأمر لا ينصرف إلى عموم الأجانب دون تعيين وتخصيص، وإنما يقتصر على أجنبي معين بالذات.

وهكذا يختلف الأمر الإداري عن القاعدة القانونية في ان الأول يقتصر تطبيقه على

شخص معين بالذات أو على الواقعة التي صدر بشأنها فقط، ويستنفد قوته بهذا التطبيق وينتهي، ولا تكون له صفة العمومية والتجريد. بينما الثانية لا يقتصر تطبيقها على شخص معين بالذات أو على واقعة معينة بالذات وإنما يشمل تطبيقها كافة الأشخاص والوقائع التي تدخل ضمن نطاق تطبيقها دون تمييز أو تفريق، ولا تستنفد قوتها بالتطبيق مرة واحدة أو عدة مرات ولا تنتهي، بل يتجدد العمل بها كلما توافرت شروط انطباقها في الحاضر أو في المستقبل. إلا أن عمومية القاعدة القانونية لا تعني انها توضع لفترة زمنية غير محدودة، بل تتصف بالعمومية رغم انها قد لا توضع إلا لفترة زمنية محددة، كقانون التطهير الذي تصدره بعض الدول بين حين وآخر لتطهير جهازها الإداري ويكون ساري المفعول لفترة زمنية محددة.

ويعد قاعدة قانونية، النص القانوني الذي يقرر ان كل خطأ يلحق الضرر بالغير يلزم فاعله بالتعويض. لأن إلزام المخطئ بالتعويض خطاب موجه إلى فرض مجرد لا إلى شخص أو أشخاص معينين بالذات، ولا إلى واقعة معينة بالذات بمناسبة خطأ معين نتجت عنه بعض الأضرار، وإنما يشمل كل من يرتكب خطأ ويلحق الضرر بالغير لا على التعيين. بينما لا يعد قاعدة قانونية الحكم الصادر من المحكمة بإلزام شخص معين بالتعويض وفقاً للقاعدة المذكورة لتسببه خطأ أثناء قيادة سيارته في جرح شخص آخر معين بالذات دون غيره من الأشخاص ولمناسبة واقعة معينة بذاتها.

والخطاب المتصف بالعمومية والتجريد يتضمن إما الأمر بعمل شيء أو النهي عن عمل شيء، وفي الغالب يصاغ على شكل إخطار للأشخاص بترتيب أثر قانوني ما على اتيان نهي الناس عن ارتكابه، أو على الامتناع عن فعل أمر القانون الناس بالقيام به.

فالقاعدة القانونية التي تعاقب بالإعدام في القانون الجنائي تنهى عن القتل بصيغة العموم وتقرر عقوبة الإعدام لكل من يرتكب هذه الجريمة مهما كان جنسه أو مركزه. وفي جريمة شهادة الزور ينص القانون على عقوبتها بصيغة العموم أيضاً، فيعاقب كل من شهد زوراً بالعقوبة المقررة مهما كان جنسه أو مركزه.

والقاعدة القانونية التي تنص على ان العقد شريعة المتعاقدين تتضمن إخطار الناس بالوفاء بما تعهدوا به من التزام. والقاعدة القانونية التي تقرر ان كل من كان مكلفاً قانوناً بالحضور بنفسه أو بوكيل عنه في زمان ومكان معينين بمقتضى إنذار أو إعلان أو أمر أو بيان صادرمن موظف عمومي يختص قانوناً بإصداره تنطبق على كل شاهد امتنع عمداً عن

الحضور في الزمان والمكان المعينين أو ترك المكان المعين الواجب عليه الانتظار فيه قبل الوقت الجائز عند استدعائه للإدلاء بشهادته أمام المحكمة أو أية جهة رسمية أخرى، لانه امتنع عن القيام بعمل فرض المشرع القيام به وقرر عقوبة لمن امتنع عن أدائه[١].

والخطاب الموجه في القاعدة القانونية بعمل شيء أو بالامتناع عن عمل شيء يكون مطلقاً، ولا يخير المكلف به إطاعة التكليف أو تحمل الجزاء. فالتكليف يصدق في حق من ينوي طاعته كما يصدق في حق من ينوي مخالفته على السواء، ومن خالفه إنما يخالفه وهو مكلف بطاعته. فعندما يفرض القانون عقوبة الإعدام جزاء للقتل العمد في بعض الحالات، لا يجعل لأحد خياراً بين الامتناع عن القتل إذا أراد الإفلات من الجزاء وبين الحق في القتل إذا أراد تحمل وطأة الجزاء وانما هو يقتصر على تحريم القتل إطلاقاً، فيكلف الأفراد جميعاً بالامتناع عنه ومن ثم إذا خالفه أحدهم رغم هذا التكليف، يناله الحكم بالإعدام كوسيلة للردع[٢].

وفائدة العمومية والتجريد في القاعدة القانونية، هي تحقيق النظام و المصلحة العامة في المجتمع وإبعاد القوانين عن المصلحة الشخصية وضمان الحقوق والحريات ضد التعسف والاستبداد. لأن إخضاع كل الوقائع وجميع الأشخاص لقواعد قانونية واحدة بصرف النظر عن ذواتهم، يضمن للقاعدة القانونية الاستمرار في التطبيق والقبول والاستحسان من الأشخاص، ويؤدي إلى وجود نظام واحد مستقر ومطرد في العلاقات، وحينئذٍ لا تأتي القاعدة العامة لمصلحة أو ضد مصلحة شخص معين بالذات، وإنما تستهدف المصلحة العامة دائماً من خلال مصلحة الجماعة[٣].

ثانياً: القاعدة القانونية تنظم الروابط الاجتماعية:

ترمي القواعد القانونية إلى تنظيم الروابط الاجتماعية، فتحكم نشاط الأشخاص في المجتمع، وهي بذلك قاعدة سلوك تتجه إلى إرادة الشخص وتطلب منها أن تمتثل لحكمها، ولهذا فإنها تفترض :-

أ- شخصاً طبيعياً لتتجه إلى إرادته وتخاطبها، أو شخصاً حكمياً كشركة أو جمعية مثلاً. فالمقصود بالشخص هنا هو كل من له شخصية قانونية يعتد بها القانون، ولا

---

(١) انظر مؤلفنا- شرح قانون العقوبات العراقي- القسم العام- مطبعة دار الطباعة الحديثة- البصرة /١٩٦٩- ص٢٦٧.

(٢) انظر الدكتور حسن كيرة- محاضرات في المدخل للقانون- القاهرة/١٩٥٤-ص٢٣.

(٣) انظر عبد العزيز النعيم- مبادئ القانون- مسحوبة بالرونيو- الرياض/١٩٦٨ -ص٦ والدكتور حسن الخطيب - المرجع السابق-ص١٥.

يهم بعد ذلك إن كان صاحب الشخصية إنساناً أو شخصاً حكمياً.

ب- مجتمعاً يعيش فيه الأفراد، لأن القاعدة القانونية لا تقوم إلا بوجود الجماعة، والغاية منها هي تنظيم العيش في الجماعة. فالقانون لا يهتم بتنظيم سلوك الشخص نحو نفسه فحسب، وإنما يهتم بتنظيم سلوكه نحو غيره في المجتمع. ولهذا لا يتصور وجود القاعدة القانونية إلا حيث يوجد المجتمع وتقوم علاقات بين أفراده تحتاج إلى التنظيم . فالإنسان المنفرد ليس إلا فرضاً خيالياً لا وجود له. لأن الإنسان يولد في المجتمع ، ولا يعيش إلا فيه. وبما أن القانون مظهر اجتماعي لا يقوم إلا في المجتمع لتنظيم الروابط فيه والسمو به في تحديد علاقات أفراده ونشاطهم إلى ميدان الرقي في مضامير الحياة المختلفة بتحقيق العدل الاجتماعي بينهم، لذا فإن قواعده تختلف باختلاف طبيعة هذه الروابط. إذ قد تتعلق بحياة الإنسان العائلية وأحواله الشخصية، كالزواج والميراث والطلاق والنفقة، وقد تتعلق بمعاملاته المالية، كالبيع والشراء والرهن... الخ. ولا بد من أن تتأثر القاعدة القانونية في تنظيمها لهذه الروابط بكل ما يتصل بالبيئة التي نشأت فيها من اعتبارات دينية واجتماعية واقتصادية وسياسية وخلقية. ولهذا تختلف القوانين باختلاف البيئة التي تنشأ فيها[1].

ولا يقصد بالمجتمع في هذا المقام مجرد تجمع عدد من الأشخاص في مكان ما دون أن يربطهم ويجمعهم هدف واحد، بل ان المجتمع الذي نقصده، هو المجتمع المنظم الذي توجد فيه سلطة ذات سيادة تملك حق إجبار الأشخاص على احترام أحكام القوانين التي تشرعها. ولئن كانت الدولة في الوقت الحاضر هي الشكل الواضح لمثل هذا النوع من المجتمع السياسي المنظم الذي تنظم الروابط الاجتماعية فيه بقواعد قانونية ويخضع أفراده لسلطة ذات سيادة تملك حق الإجبار والقهر، إلا أن ذلك لا يعني ان الدولة هي الشكل الوحيد لبيئة القانون. فقد يوجد القانون في مجتمع لا تتوافر له عناصر الدولة أو شكلها، ما دامت فيه سلطة تملك حق السيادة وإجبار الأشخاص على احترام أوامرها. و بناء على ذلك يمكن القول: ان القانون أسبق في وجوده تاريخياً من وجود الدولة. وانه لم يصل إلى بيئته الحالية، حيث التنظيم السياسي الكامل إلا بعد أن مر طوال أحقاب طويلة ببيئات مختلفة تدرجت من المجتمعات البدائية كالعائلة والأسرة والعشيرة والقبيلة في العصور الوسطى، إلى العصر الحاضر الذي ينحصر فيه مفهوم المجتمع السياسي المنظم بالدولة[2].

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق- ص٢٧ والدكتور علي محمد بدير- المرجع السابق ص٢٢.

(٢) انظر الدكتور حسن كيرة- المرجع السابق-ص٢٢.

ثالثاً: القاعدة القانونية تهتم بالسلوك الخارجي للشخص:

قواعد القانون تحكم السلوك الخارجي للشخص ولا تتعداه إلى دائرة العواطف والنيات والشعور والإحساس والعزم. فما دام الشخص يحترم القانون في سلوكه الظاهر، فلا شأن للقانون به وبما يأتيه من تفكير وخواطر وعزم وتصميم ولو كان هناك ما يستدل به عليه، كتسجيل نيته في شريط مسجل . لان كل ذلك خلجات في أعماق النفس ليس لها وجود خارجي ولا مظهر آثم، فلا تؤثر في العلاقات الاجتماعية ولا ضرر منها على الهيئة الاجتماعية مهما كانت خطورتها طالما لم ينفذ الفعل بسلوك مادي خارجي يراه المشرع خطراً على المجتمع[1].

فقد يفكر أحدهم في قتل خصمه بالبندقية ثم يحضر عرض بعض الأفلام البوليسية ويقرأ روايات بوليسية ليتعلم كيفية تنفيذ جريمته ويحوم حول دار خصمه لغرض تحديد مكان نومه ومن ثم يشتري السلاح ويتدرب على استعماله، لكنه بعد كل هذه الاجراءات يعدل عن فكرة قتله عدولاً اختيارياً، فلا يعاقب من أجل ذلك ، لأن كل ما قام به هو أعمال تحضيرية لم تخرج بفعل مادي إلى حيز التنفيذ وعالم الوجود، والقانون لا ينفذ إلى ما استقر في النوايا والصدور ما دامت هذه النوايا لا تظهر إلى العالم الخارجي بأفعال مادية ظاهرة يمكن عدها بدءاً في التنفيذ. ولهذا تنص القوانين الجنائية على أنه لا يعد شروعاً في الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها ولا الأعمال التحضيرية لها، وإنما لا بد من البدء في تنفيذ فعل من الأفعال الظاهرة المؤدية إلى ارتكاب جناية أو جنحة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وهذا ما نص عليه قانون العقوبات الأردني[2].

ولكن هذا لا يعني ان القواعد القانونية لا تعبأ بالنيات التي تصاحب السلوك الخارجي وتهملها نهائياً ولا ترتب عليها أثراً. فقد يعتبر القانون النية سبباً من أسباب تشديد العقاب. فمثلاً يعاقب قانون العقوبات الأردني على جريمة القتل قصداً بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة حسب الأحوال، بينما يعاقب عليها بالإعدام إذا اقترنت بنية سبق الإصرار، أي بنية مبيتة من قبل. وإذا لم تتوفر نية القتل أصلاً لدى الفاعل، تخفف عقوبته باعتباره قد ارتكب جريمة قتل خطأ، كما لو دعس سائق سيارة أثناء السير

---

(١) انظر مؤلفنا-شرح قانون العقوبات العراقي- القسم العام-المرجع السابق -ص٣٠٢.

(٢) تنص المادة (٦٨) من قانون العقوبات الاردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على أن: (الشروع هو البدء في تنفيذ فعل من الأفعال الظاهرة المؤدية إلى ارتكاب جناية أو جنحة ...). وتنص المادة (٦٩) منه على انه: (لا يعتبر شروعاً في جريمة مجرد العزم على ارتكابها ولا الأعمال التحضيرية، وكل من شرع في فعل ورجع باختياره عن أفعال الجرم الاجرائية لا يعاقب على الفعل او الأفعال التي اقترفها إذا كانت تشكل في حد ذاتهاجريمة).

أحد الأشخاص خطأ[1].

وليس معنى القول (ان القواعد القانونية تحكم السلوك الخارجي للشخص)، انها تستأثر وحدها بتنظيم مظاهر نشاط الأشخاص المتعدد النواحي. إذ تساهم في تنظيمها إلى جانبها قواعد الدين والأخلاق والمجاملة والعادات والتقاليد لكونها جميعاً قواعد سلوك. ولهذا نرى ان القواعد القانونية تختص بتنظيم مظاهر معينة من هذا النشاط، وهي المظاهر التي يؤدي تنظيمها إلى تحقيق التناسق الاجتماعي، وحتى في هذه الحالة كلما اقتربت القاعدة القانونية من مبادئ الدين وقواعد الأخلاق والعادات والتقاليد، كلما كانت أكثر ضماناً لاستقرار المجتمع . ذلك ان المبادئ الدينية وقواعد الأخلاق والمجاملة والعادات والتقاليد تتوخى السمو الذاتي وترقى عن القانون الوضعي وتدعو إلى مجتمع يسوده النظام والخير والاستقرار لا على أساس تغليب القواعد النفعية في المجتمع، وإنما على أساس المثل العليا. فأفضل القواعد القانونية هي تلك التي وجدت لدرء المفاسد لا لجلب المنافع[2].

رابعاً : القاعدة القانونية تقترن بجزاء مادي حال توقعه السلطة العامة جبراً:

ذكرنا سابقاً ان القانون عبارة عن مجموعة قواعد سلوك عامة مجردة ملزمة تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع وتقترن بالجزاء المادي الحال وتقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء. وذكرنا أيضاً ان القانون يهدف إلى إقامة النظام في المجتمع عن طريق وضع قواعد سلوك تخاطب إرادة الأشخاص. ولما كانت مخالفة هذه القواعد من الأمور المتصورة لما للأشخاص من إرادة حرة تمكنهم من سلوك طريق الطاعة أو المخالفة، لذا تعين فرض جزاء مادي دنيوي حال لتأمين احترام هذه القواعد واستقامة نظام الجماعة واستقرار العدل في المجتمع[3].

فالمجتمع يلزم الأشخاص بالقواعد القانونية وتقترن هذه القواعد بجزاء مادي حال توقعه الدولة على من يخالف أحكامها، لأن النظام لا يتحقق في المجتمع إلا إذا ساد الشعور بوجوب احترام القواعد التي ترسم للأشخاص ما يجب أن يكون عليه سلوكهم. والشعور بالإلزام يقترن بضرورة الشعور بوجود جزاء يطبق عند مخالفة القاعدة . فوجود

---

(١) انظر المواد ٣٢٦ و ٣٢٨/١ و ٣٤٣ من قانون العقوبات.

(٢) انظر الدكتور محمد سامي مدكور - مبادئ القانون- القاهرة/ ١٩٦٠-ص١٣. والدكتور حسن الخطيب- المرجع السابق-ص٣٩.

(٣) انظر -Prof. Dr.Rona Aybay ve prof.Dr. Aydin Aybay-Hukuka Giris -1 Fazil kitabevi-Istanbul-1981.sf. 31-4

الجزاء المادي في القاعدة القانونية أمر لا غنى عنه و بدونه يصبح مضمونها مجرد نصيحة. كما ان وجوده أمر ضروري تفرضه طبيعة القواعد الاجتماعية. لأن الشخص لكي يوجه سلوكه وفقاً للقواعد القانونية، لا بد من أن يخشى شيئاً، وهذا الشيء الذي يخشاه هو " الجزاء" الذي يوقع جبراً من قبل السلطة العامة في الدولة وفقاً لنظام معروف مقدماً وبإسم المجتمع بعد تثبتها من وقوع المخالفة.(١)".

فمن يسرق مال غيره توقع عليه العقوبة المقررة في القانون جبراً. أي بالقوة المادية القاهرة التي تملكها السلطة العامة ويستعصي على الشخص مقاومتها فيسجن. لأن القانون من صنع الدولة ، وعلى الدولة أن تضع الجزاء المادي فيه لغرض حمل الأشخاص على احترامها وإطاعتها، فتحتكر الدولة بذلك حق توقيع الجزاء. إذ لا يجوز للأشخاص أن ينتقموا أو أن يأخذوا حقوقهم بأيديهم. بل يتعين عليهم اللجوء إلى السلطة العامة التي تتولى توقيع الجزاء على من يخالف أحكام القانون نيابة عن الجماعة وبإسم (الإجبار العام أو الجماعي)، لأن عهد الاقتصاص الفردي الذي كان معمولاً به في العصور القديمة الغابرة قد اندثر، عندما كان الشخص يأخذ حقه بنفسه وينتقم ويتولى حق ممارسة الاجبار وفرض العقاب لحسابه الخاص.

ولكن يجب ألا يُفهم مما تقدم، ان جميع الأشخاص لا يحترمون القانون إلا خوفاً من الجزاء، لأن الشخص قد يحترم أحكام القوانين من تلقاء نفسه ويطيعها وينفذ التزامه تجاهها عن رغبة في الوفاء بالعهود والمواثيق لا عن رهبة، وخاصة في المجتمعات المتمدينة، وبالنسبة إلى القواعد التي يسود الشعور بملاءمتها للظروف الاجتماعية في المجتمع. إذ ينبع احترام الناس لقواعد القانون في هذه الحالة من الشعور بكونها ضرورة اجتماعية لا بد منها لحماية النظام الاجتماعي والسير بالمجتمع في طريق التقدم والرقي، ولكن مع ذلك يبقى الجزاء المادي عاملاً فاعلاً في حمل الناس على احترام القانون في مواجهة احتمال مخالفة أحكامه، فيكون كالسيف الذي لا يشهر أو يستعمل إلا عند الاقتضاء، حين يُخرق القانون. ذلك ان الجزاء هو تهديد كامن في القاعدة القانونية يؤثر في سلوك الشخص، فيحمله على الخضوع لأحكامها. فإذا تجردت عن الجزاء المادي، أصبحت من قواعد السلوك المتروكة لتقدير ذوي الشأن ويخضع لها من يشاء ويخالفها من يشاء، وهو وضع يؤدي إلى انعدام المساواة بين الناس واختلال النظام في المجتمع.

---

(١) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور- مذكرات في القانون- القاهرة/١٩٦٣-ص٢٢ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق-ص٤٥-٥٤ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك - المرجع السابق-ص٣٧-٤٢ .

فالقاعدة التي لا تقترن بجزاء مادي حال توقعه الدولة على المخالف لأحكامها لا تُعد قانوناً. والجزاء المادي على أنواع: فهو قد يكون جنائياً ، أو مدنياً ، أو إدارياً، وعليه لا بد من شرح هذه الأنواع من الجزاء المادي بشيء من التفصيل.

أ- **الجزاء الجنائي** :الجزاء الجنائي عبارة عن العقوبة التي تتقاضاها السلطة العامة من المخالف لقاعدة من قواعد القانون الجنائي نيابة عن المجتمع. وهو إما أن يكون مالياً يقع على مال المخالف، كالغرامة أو بدنياً يقع على جسم المخالف، كالإعدام والجلد وقطع الكف في بعض الدول، أو سالباً للحرية، كالأشغال الشاقة المؤبدة والاعتقال المؤبد، أو مقيداً للحرية، كالأشغال الشاقة المؤقتة والاعتقال المؤقت والحبس. والقضاء المختص في فرض الجزاء الجنائي هو المحاكم الجزائية.

فالعقوبة الجنائية لا تقاس بمقدار الحق المعتدى عليه وقيمته، بل بقدر ما ينطوي عليه من الإخلال بنظام المجتمع . لأن الجزاء الجنائي حق للمجتمع، والسلطة العامة تقوم بإنزاله بكل من يخالف أحكام القانون الجنائي الذي من غاياته حماية الحق العام من الأفعال غير المشروعة التي يقوم بها الأشخاص إخلالاً بنظام الجماعة. فالحق في العقوبة الجنائية ليس للمجنى عليه فحسب حتى ولو كان الاعتداء على شخصه أو ماله، وإنما للمجتمع أيضاً، وتمارسه الدولة نيابة عنه دفاعاً عن كيان الجماعة وتأميناً للثقة والطمأنينة في نفوس الأشخاص والاستقرار والأمن في المجتمع. فهدف الجزاء الجنائي إذن الزجر والردع والتأديب والقصاص والإصلاح والحماية.

ب- **الجزاء المدني**: ويتمثل في الجزاء الذي توقعه السلطة العامة على من يخالف إحدى قواعد القانون المدني أو أي قانون آخر ساري المفعول يحمي الحق الخاص للأشخاص، وهو على صور مختلفة . فقد يكون الجزاء المدني في صورة إجبار المدين على التنفيذ. والتنفيذ قد يكون عيناً بإجبار المدين على الوفاء بما التزم به، وقد يكون بمقابل عن طريق التعويض. فجزاء مخالفة القاعدة القانونية التي تأمر بوفاء الدين هو إقامة دعوى المطالبة بالدين والحصول على قرار من المحكمة المختصة و تنفيذ هذا الحكم بالحجز على أموال المدين وبيعها واستيفاء الدين من ثمنها جبراً عن طريق دائرة الإجراء.

وجزاء مخالفة القواعد التي تبين شروط العقد في حالة إبرام تصرفات قانونية عقدية خلافاً لهذه الشروط، هو بطلان العقد حسب الأحوال. فإذا نص القانون على عدم جواز التبرع بالعقار إلا بورقة محررة ومسجلة في دائرة التسجيل العقاري، لا يعد نافذاً أي عقد تبرع بالعقار بدون هذه الطريقة وهذا الشكل. وإذا نص القانون على بطلان العقد في

حالة مخالفته للنظام العام والآداب يكون الجزاء المدني للعقود المبرمة خلافاً للنظام العام والآداب هو البطلان ، كالتعاقد على ارتكاب جريمة لقاء أجر معين، أو كاستئجار دار لغرض الدعارة.

وقد يتخذ الجزاء المدني صورة وجوب محو أثر المخالفة وإزالة كل ما ترتب عليها إذا كانت الإزالة ممكنة ، مما يستتبع إعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل وقوع المخالفة. كما لو جعل أحدهم شبابيك داره تطل على دار جاره بصورة لا يسمح بها القانون أو كشق طريق أو جدول في وسط بستان الغير دون مبرر. أما إذا كان محو أثر المخالفة والإزالة غير ممكنه، فيصار إلى التعويض لجبر آثار الضرر. إذ يؤخذ من مال المخالف جبراً مقدار ما يعوض من لحقه الضرر، مثل دعس شخص بالسيارة وبتر يده أو رجله من جراء ذلك، فلا يمكن في هذه الحالة إعادة اليد أو الرجل إلى ما كانت عليه، وإنما يلزم الجاني بأن يدفع له التعويض النقدي مقابل حرمانه من يده. ولهذا فقد يجتمع الجزاء الجنائي والجزاء المدني في قضية واحدة. ففي القتل قصداً مع سبق الإصرار يستوجب إنزال عقوبة الإعدام بالجاني ويلزم فوق ذلك بدفع تعويض إلى ورثة القتيل أصحاب الحق الشخصي في الدعوى . ومن يقذف في حق شخص آخر ينال الجزاء الجنائي، وقد يلزم فوق ذلك بتعويض للمقذوف في حقه تعويضاً مالياً.

جـ - الجزاء الإداري أو التأديبي: وهو الجزاء الذي تفرضه السلطات الإدارية على الموظفين والمستخدمين في الدوائر الرسمية وشبه الرسمية المخالفين لأحكام القانون الإداري التي تنظم الوظيفة العامة، كعقوبة الإنذار والتوبيخ والحسم من المرتب والفصل من الخدمة. ويضفي عليه وصف (عقوبة)، نظراً لأن الضرر الحادث يصيب مصلحة الجماعة دون أن يقتصر على فرد معين. ويتميز هذا الجزاء بأن فرضه يتم من قِبل الرئيس الإداري أو الهيئة المشرفة على ممارسة المهنة دون أن يوكل للقضاء دائماً أو تناط المطالبة به بالادعاء العام. ويجوز أن يجتمع هذا الجزاء مع أي من الجزائين الجنائي والمدني أو كليهما عند تحقق شروط توقيعهما.

والسلطة المناط بها توقيع الجزاء القانوني بصورة عامة هي السلطة القضائية. لأنه بعد تطور المجتمع وتنظيمه سياسياً واعتبار القانون من مظاهر السيادة اختصت هذه السلطة بتطبيق القانون وفرض الجزاء على مخالفته، وحل نظام القضاء العام وحق الانتقام الجماعي محل نظام القضاء الخاص وحق الانتقام الفردي في المجتمع. وتتكون السلطة القضائية من المحاكم الجزائية والمدنية. فالمحاكم هي صاحبة الولاية العامة في تطبيق القانون وصاحبة الاختصاص الأصيل في توقيع جزاء مخالفة قواعده. ومع ذلك فهناك حالات استثنائية لا

تتولى المحاكم توقيع الجزاء فيها، لأنه يثبت للشخص قانوناً حق توقيع الجزاء بنفسه على خصمه، كحق الدفاع الشرعي في القانون الجنائي[1]، وحق الاحتباس في القانون المدني[2]، وحينما تملك السلطة التنفيذية تطبيق القانون وتوقيع الجزاء بنفسها، وهو استثناء ينهض في حالات خاصة منصوص عليها في قوانين خاصة.

المبحث الخامس

نطاق القانون وعلاقته بالاخلاق والدين

تبين لنا جلياً مما أسلفنا ان القانون علم اجتماعي ينظم الروابط الاجتماعية في المجتمع، لكنه ليس المنظم الوحيد للروابط في المجتمع، بل توجد إلى جانبه قواعد سلوك أخرى لها شأن في تحقيق النظام الاجتماعي، منها قواعد الدين والأخلاق والآداب العامة والعدالة والمجاملات والعادات والتقاليد، وتتظافر جميعها لإلزام الشخص بسلوك معين والحد من حريته الشخصية في سبيل الصالح العام. وعلى الرغم من اشتراكها مع القانون في الهدف النهائي، فهناك عدة فروق بارزة بينها وبين القانون، أهمها الجزاء المادي الحال في القاعدة القانونية الذي توقعه الدولة. إذ يعد هذا الجزاء من أبرز الخصائص التي تميز القاعدة القانونية عن غيرها من قواعد السلوك الاجتماعية الأخرى المشار إليها آنفاً .

ولما كانت قواعد الأخلاق وقواعد الدين هي أهم القواعد التي تحكم سلوك الشخص في المجتمع وتنظم الحياة في الجماعة إلى جانب القواعد القانونية، لذا لا بد من شرح العلاقة والفرق بين كل من هذين النوعين من قواعد السلوك وبين قواعد القانون في المطلبين التاليين وكالآتي:.

المطلب الأول

علاقة القانون بالاخلاق

قواعد الأخلاق هي تلك القواعد والمبادئ التي تحدد ما هو خير وما هو شر في مجتمع من المجتمعات وفي وقت معين ويجب على كل شخص الالتزام بها وإلا تعرض لسخط المجتمع وازدراء أقرانه[3]. لأن الناس يعدونها في زمن ما قواعد سلوك يجب التقيد

---

(١) انظر المادة (٣٤١) من قانون العقوبات الأردني.

(٢) انظر المادة (٣٨٧) من القانون المدني الأردني.

(٣) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق-ص٦٢ والدكتور شمس الدين الوكيل-مبادئ القانون- الطبعة الأولى-القاهرة/١٩٦٨-ص٢٤ والدكتور مالك دوهان الحسن- المدخل لدراسة القانون- الجزء الاول-النظرية العامة للقاعدة القانونية-بغداد/١٩٧٢-ص٦و Prof. Dr. Rona Aybay ve prof.Dr. Aydin Aybay. sf.7-41 المرجع السابق.

بها بدافع من الشعور الذاتي والرأي السائد. فهي المُثل العليا للخلق القويم والضمير الحي الطاهر، وتمثل ما ينبغي أن يكون عليه الإنسان من الصفات الحميدة لتحقيق الفضيلة ونفي الرذيلة و في إقامة الروابط الاجتماعية تحقيقاً لخير البشرية وسعادة المجتمع. أي (معرفة النفس مالها وما عليها).

فقواعد الأخلاق تستمد من مصادر ثلاثة: الدين ومقتضيات الحياة والنظرات التأملية، وهي تتفق مع قواعد القانون دون شك في ان كلاً منهما عامة ومجردة وان هدف كلٍ منهما هو تنظيم الحياة في الجماعة من أجل إيجاد نظام اجتماعي سليم وإقامة علاقات الناس بعضهم ببعض على أساس من العدل . فلا غرابة والحالة هذه أن نجد كثيراً مما تحرمه الأخلاق يحرمه القانون أيضاً، كالقتل والشتم والسب والإيذاء. ومع ذلك فهناك عدة فروق بينهما هي :[1]

١- ان دائرة الأخلاق أوسع شمولاً من دائرة القانون. ذلك لأن مقياس الحكم على التصرف في دائرة القانون مقياس ظاهري أو خارجي يعتمد على السلوك الظاهري الخارجي للشخص داخل الجماعة، دون أن يحفل بالنوايا والبواعث المجردة التي يضمرها الشخص في نفسه ولا تبرز إلى العالم الخارجي بسلوك ظاهري، هذا مع التسليم بوجود بعض الاستثناءات، مثل سبق الإصرار في جريمة القتل وسوء النية في بعض التصرفات. فالقانون لا يتدخل إلا في ظاهر الأحوال.

أما الأخلاق فإنها تهتم إلى جانب اهتمامها بالسلوك الخارجي للشخص داخل الجماعة بالنوايا المستترة والبواعث ولو لم يصطحبها سلوك خارجي، لأن مقياس الحكم على التصرف في دائرة الأخلاق مقياس داخلي أو باطني يتوغل في سرائر النفس ويكشف عن الدوافع الخفية. فالعبرة بالنية دائماً في نظر الأخلاق لا بالعمل في مظهره وآثاره، وهي تقرر كقواعد الدين(إنما الأعمال بالنيات). ولذلك فإن من يفكر في قتل غيره أو يفكر في سرقة جاره يعد وفقاً لقواعد الأخلاق مجرماً ولكن فعله في كلتا الحالتين لا يعد مخالفاً للقانون ما لم يتجاوز مرحلة التصميم والتفكير والعزم إلى البدء في تنفيذ فعل ظاهري يصح أن يقال معه انه شرع في تنفيذ ما كان قد صمم عليه.

٢- إذا كانت قواعد القانون وقواعد الأخلاق عامة ومجردة ومقترنة بجزاء يوفر لهما الإلزام، إلا أن هذا الجزاء يختلف فيهما جوهرياً، من حيث طبيعته والسلطة التي توقعه.

---

(١) انظر Prof. Dr.Abdulhak kemal Yoruk,Hukuk Felsefsi Dersleri.Birninci Kism.2.Tabi. Fakulteler Matbaasi-Istanbul-1958.sf.145.

فبالنسبة إلى طبيعة الجزاء ، تقترن القاعدة القانونية بجزاء مادي حال، كالإعدام والحبس والغرامة والتضمين وإبطال التصرف و التنفيذ الجبري..الخ، بينما الجزاء في قواعد الأخلاق جزاء معنوي أدبي مظهره تأنيب الضمير وازدراء واستهجان المجتمع وسخطه على المخالف ونفوره منه.

أما بالنسبة للسلطة التي توقع الجزاء، ففي القاعدة القانونية هي السلطة القضائية في الدولة، وفي قواعد الأخلاق هي ضمير المخالف نفسه والمجتمع الذي يعيش فيه. وقد يجتمع الجزاءآن أحياناً في فعل مخالف واحد، فمن يقتل يتعرض لسخط الناس ومقتهم وهذه عقوبة معنوية، كما يفرض عليه العقاب القانوني من إعدام أو أشغال شاقة مؤبدة أو مؤقتة ، وهذه عقوبة مادية .

٣- إذا كانت القواعد القانونية متفقة مع قواعد الأخلاق في ان كلاً منهما يهدف إلى تنظيم الحياة في المجتمع، فإن الأساس الذي تتخذه كل واحدة منهما محوراً للوصول إلى هدفها مختلف. فالقاعدة القانونية تبتغي تحقيق النظام في المجتمع والمحافظة على كيانه وديمومته والارتقاء به نحو الأفضل بتنظيم العلاقات بين الأشخاص فيه على أساس عادل وواقعي، بينما قواعد الأخلاق تراعي في تنظيمها للمجتمع ما يجب أن يكون عليه عن طريق السمو بالإنسان الذي يعيش فيه.

٤- قواعد القانون واضحة ومحددة يمكن التعرف عليها وتطبيقها بسهولة لأنها مكتوبة، بينما قواعد الأخلاق عبارة عن أحاسيس داخلية تكمن في الضمائر، وتتميز بالغموض وعدم الوضوح مما يصعب التعرف عليها وتطبيقها.

٥- ان القانون يقرر الحقوق والواجبات، بينما قواعد الأخلاق تقتصر على بيان الواجبات فقط دون أن تتجاوز ذلك إلى تقرير الحقوق. فقاعدة الأخلاق التي تفرض على القادرين وجوب مساعدة المحتاجين لاتُنشئ بذلك للمحتاجين حقاً في مطالبة هؤلاء القادرين بالعون، في حين أن القاعدة القانونية لا تكتفي ببيان الواجبات فقط، بل تقرر الحقوق إلى جانب ذلك. فالقاعدة القانونية التي تقرر حق الملكية لشخص على دار، تفرض على الآخرين واجب احترام هذا الحق وعدم التعرض للمالك عندما ينتفع بتلك الدار في الحدود التي رسمها القانون.

المطلب الثاني
علاقة القانون بالدين

قواعد الدين السماوي هي سلسلة من الأوامر والنواهي الربانية المنزلة من الخالق

إلى المخلوق عن طريق رسله لحكم النشاط البشري وإرشاد الناس وهدايتهم إلى ما فيه الصلاح والخير والنفع والثواب في الدارين وإسعاد المجتمع ونشر العدل والمحبة في علاقات الناس. فعليهم الالتزام باتباعها والعمل بتعاليمها وإلا عرضوا أنفسهم لغضب الله وعقابه. فقواعد الشريعة الإسلامية تتضمن ثلاثة أنواع من السلوك الذي تنظمه:[1]

أ - قواعد العبادات، وهي التي تنظم علاقة الشخص بربه وتفرض على الشخص واجبات نحو خالقه، كالصلاة والصوم والزكاة ... الخ.

ب- قواعد الأخلاق الشخصية، وهي التي تنظم علاقة الشخص بنفسه أو واجب الشخص نحو نفسه، فتبين ما يجب أن يتحلى به من فضائل مثل الصدق، وما يجب أن يبتعد عنه من رذائل، مثل الكذب.

جـ- قواعد المعاملات، وهي التي تنظم علاقة الشخص بغيره من الناس في المجتمع، كالزواج والطلاق والميراث... الخ، وقد احتوت هذه القواعد صفة الإلزام في الإسلام لكل مسلم ومسلمة. كما احتوت على قواعد أخرى للبيع والشراء والمعاملات المالية والملكية ونطاقها والعقوبات وأنواعها والإدارة ومالية الدولة والدعوى ووسائل إثباتها والعلاقات الدولية في حالة السلم والحرب ...الخ.[2]

ويبدو لنا ان بين أوامر الدين وقواعد القانون أوجه الشبه نفسها التي رأيناها بين قواعد القانون وقواعد الأخلاق، كصفة العمومية والتجريد والإلزام المتوخاة، ومع ذلك فإنهما تختلفان في ما يلي :

١- الجزاء في القاعدة الدينية جزاء مزدوج دنيوي وآخروي. فالله يوقع الجزاء الآخروي على المخالف في الآخرة، وولي الأمر يوقع الجزاء الدنيوي على المخالف في الدنيا. أما الجزاء في القاعدة القانونية، فمادي حال، كالحبس والإعدام والغرامة وتوقعه السلطة التي يناط بها تطبيق القانون والعمل على ضمان احترام قواعده في الدولة، وهي السلطة القضائية.

٢- القاعدة الدينية مصدرها سماوي، لأنها من صنع الله. بينما القاعدة القانونية وضعية من صنع البشر.

---

(١) انظر الدكتور علي محمد بدير-المرجع السابق-ص٢٨والدكتور مالك دوهان الحسن - المرجع السابق- ص٢٤ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك-المرجع السابق-ص٢٣والدكتور حسن الخطيب- المرجع السابق-ص٥٧ و
Prof.Dr. Rona Aybay ve -Prof.Dr.Aydin Aybay.sf.19-23-

(٢) انظر الدكاترة-حمد عبيد الكبيسي ومحمد عباس السامرائي ومصطفى الزلمي- المرجع السابق ص١٢٩ وما بعدها.

٣- ان نطاق قواعد الدين أوسع من نطاق القانون وذلك لسعة دائرة الدين وضيق دائرة القانون بالقياس إليها. لأن قواعد القانون لا تهتم إلا بتنظيم فئات معينة من الروابط الاجتماعية[١]، بينما قواعد الدين تشارك القانون في تنظيم الروابط الاجتماعية بين الأفراد تنظيماً موضوعياً كما في قواعد المعاملات، وتنظم واجبات الفرد تجاه ربه وحيال نفسه، كما في قواعد العبادات وقواعد الأخلاق الشخصية.

٤- القاعدة القانونية لا تهتم إلا بالسلوك الخارجي من نشاط الشخص، بينما قواعد الدين تهتم بالنيات المستترة أيضاً على أساس (إنما الأعمال بالنيات).

٥- وللقواعد الدينية تأثير كبير في القوانين الوضعية. فالشريعة الإسلامية قد أثرت تأثيراً واضحاً في قواعد القانون الوضعي في الدول الإسلامية. ففي المملكة الأردنية الهاشمية مثلاً نجد ان قواعد الدين الإسلامي قد اعتبرت مصدراً من مصادر القانون الوضعي. إذ تنص المادة الثانية من القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ على أنه في حالة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة. فضلاً عن ان العديد من أحكام القوانين الأردنية في أصلها مستمد من مبادئ الشريعة الإسلامية، كقواعد قانون الأحوال الشخصية والقانون المدني.

---

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز-المصدر السابق-ص٢٣ وعبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه- المدخل لدراسة القانون-دار التقني للطباعة والنشر بغداد/١٩٨٦-ص٨٢-٨٤.

الفصل الثاني

اقسام القانون وفروعه

سبق أن عرّفنا القانون بأنه (مجموعة قواعد السلوك العامة المجردة الملزمة التي تنظم الروابط الاجتماعية في المجتمع وتقترن بجزاء مادي حال وتقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الحاجة).

ومما لا شك فيه ان نواحي الحياة متعددة ومختلفة، ومن الطبيعي أن تختلف القواعد القانونية التي تنظمها تبعاً لاختلاف طبيعة وموضوعات وشكل الروابط. فالإنسان عندما يعيش في المجتمع مع غيره من الأفراد لا يرتبط بنوع واحد من الروابط، بل تنشأ بينه وبين غيره من أفراد المجتمع روابط كثيرة تختلف وتتباين تبعاً لتعدد مناحي الحياة. فقد تكون هذه الروابط متعلقة بالأسرة، كالزواج ونظامه وآثاره والطلاق...إلخ. وقد تكون مالية تتعلق بالمعاملات، كالبيع والإيجار...الخ. وقد تكون سياسية تتعلق بالحقوق السياسية وكيفية ممارستها، كحق الانتخاب وحق تولي الوظائف العامة ...إلخ.

ومن جهة أخرى قد تكون العلاقة بين شخص وآخر في المجتمع أو بينه وبين الدولة أو بين الدولة وغيرها من الدول. فهذه العلاقات المتعددة تختلف في موضوعها وطبيعتها وآثارها اختلافاً كبيراً، ولذلك تكون القواعد القانونية المنظمة لها مختلفة هي أيضاً في موضوعها وطبيعتها وشكلها وقوة إلزامها وآثارها، مما حمل الفقهاء منذ قديم الزمان على تقسيم القانون إلى أقسام يحكم كل منها جانباً من جوانب الحياة الاجتماعية في المجتمع وكالآتي:

١- تقسيم القانون من حيث نطاقه الإقليمي إلى داخلي وخارجي. فالأول ينظم الروابط الاجتماعية المتعلقة بالسيادة الداخلية و تقوم بين الأشخاص أنفسهم أو بينهم وبين الدولة ولا يتجاوز نطاق المجتمع الداخلي.والثاني ينظم علاقات تتعلق بالسيادة الخارجية وتقوم بين الدولة وغيرها من الدول ويتجاوز نطاق المجتمع الداخلي إلى المجتمع الدولي، كالمعاهدات وتبادل البعثات الدبلوماسية والحرب والمفاوضات الدولية ..إلخ.

٢-تقسيم القانون من حيث طبيعة الروابط التي ينظمها إلى عام وخاص، وهو التقسيم الأكثر أهمية في الوقت الحاضر وسنخصه بالشرح الوافي.

٣- تقسيم القانون من حيث قوته الملزمة إلى آمر أو ناه ومكمل أو مفسر أو مقرر.

٤- تقسيم القانون من حيث الصورة التي توجد بها قواعده إلى قانون مكتوب- وهو التشريع الذي تصدره السلطة التشريعية في الدولة- وقانون غير مكتوب، وهوالقانون العرفي غير المقنن الذي لايصدر عن السلطة التشريعية في الدولة، بل ينشأ تدريجياً في ضمير الجماعة.

٥- تقسيم القانون من حيث الموضوع الذي ينظمه إلى قانون موضوعي وقانون شكلي. فالنوع الأول قواعده موضوعية تبين حقوق الأفراد وواجباتهم، كالقاعدة التي تنهى عن ارتكاب الجريمة وتحدد العقوبة المناسبة لمرتكبها في قانون العقوبات، أو القاعدة التي تبين طرق اكتساب الملكية وأسباب انقضائها في القانون المدني. أما النوع الثاني فقواعده شكلية تتعلق بالأوضاع و الإجراءآت اللازم اتباعها أو السبيل الذي يجب سلوكه عند تطبيق القواعد القانونية الموضوعية في إحقاق الحق، كالاجراءآت الخاصة بالدعوى من جهة إقامتها والسير فيها وإصدار الأحكام وطرق الطعن فيها وفقاً للأحكام الواردة في قانون أصول المحاكمات المدنية وقانون أصول المحاكمات الجزائية.

وبالنسبة للتقسيم الأول فقد ضعف شأنه وفقد أهميته في الوقت الحاضر، فلا حاجة إلى شرحه بالتفصيل. وسنركز اهتمامنا على شرح التقسيمات الأخرى في المبحثين التاليين وكالآتي:

المبحث الأول

تقسيم القانون إلى عام وخاص

يُرجع الفقهاء أساس تقسيم القانون بحسب طبيعة الروابط التي يحكمها إلى (عام وخاص) إلى القانون الروماني. إذ كان الرومان يعدون القانون العام هو قانون الدولة والقانون الخاص هو قانون الأشخاص. وكانوا ينظرون إلى الدولة بوصفها سلطة عامة تعمل للصالح العام الذي يعلو على المصالح الخاصة، وتترك الحرية للأشخاص في تحقيق مصالحهم عند عدم تعارضها مع المصلحة العامة. ولذلك ميزوا الروابط التي تظهر فيها الدولة طرفاً عن الروابط التي تنشأ بين الأشخاص.

وقد تضاءل شأن هذا التقسيم في القرون الوسطى بسبب ضعف الدولة وسيادة الإقطاع وتعدد الهيئات صاحبة السلطات في المجتمع. وكان القانون الجرماني يجهل هذا التقسيم، لأن الجرمان كانوا يعدّون القانون واحداً يتكفل بتنظيم جميع العلاقات دون تمييز بين علاقات الدولة وعلاقات الأشخاص. كما ان القانون الانكليزي لم يعرف هذا التقسيم ويجهل التفرقة بين القضاء الإداري والقضاء العادي المستندة إلى تقسيم القانون إلى عام

وخاص.

ولم يكترث فقهاء القانون الفرنسي القديم بهذا التقسيم للقانون أيضاً. غير انهم كانوا يميزون القانون الطبيعي عن القانون الوضعي. إلا أن الثورة الفرنسية عندما قامت عام ١٧٨٩ أكدت خضوع الدولة في نشاطها وعلاقاتها مع الأشخاص لأحكام القانون، وميزت بين وضع الدولة وهي تتصرف بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة -فخضعت في هذا الوضع لقواعد القانون العام التي طبقها القضاء الإداري الذي أنشأته الثورة لمنع المحاكم العادية من التدخل في أعمال الإدارة، مما أدى إلى نشوء فرع من فروع القانون العام وهو القانون الإداري- ووضع الدولة وهي تتصرف بوصفها شخصاً عادياً -فخضعت في هذه الحالة لأحكام القانون الخاص.

وهكذا ما لبث أن عاد تقسيم القانون إلى عام وخاص ثانية بعد قيام الثورة الفرنسية في أواخر القرن الثامن عشر ومطلع القرن التاسع عشر في ظل المذهب الفردي الذي جاء ت به الثورة الفرنسية، وكان يقوم على أساس مبدأ (سلطان الإرادة وحرية التعاقد والعقد شريعة المتعاقدين). وحظي التقسيم بتأييد جانب كبير من الفقه المعاصر على الرغم من أنه تعرض لإنحسار جديد في منتصف القرن التاسع عشر تحت تأثير المذهب الاشتراكي الذي دعا إلى المزيد من تدخل الدولة في مختلف النشاط الخاص للأشخاص تحت شعارات مضللة ونظريات زائفة حتى كاد أن يحصل اجتياح القانون العام للقانون الخاص في دول كثيرة عندما استهدف هذا التيار إلغاء العديد من القوانين الخاصة، كالقانون التجاري والمدني، وتبرير تدخل الدولة في جميع الأنشطة الاقتصادية في المجتمع ومنع الأشخاص من القيام بمشروعات اقتصادية، وقتل روح العمل فيهم، وشجع احتكار الدولة لجميع وسائل الإنتاج في المجتمع ونقل ملكيتها من القطاع الخاص إلى القطاع العام، وتأميم المصارف والشركات ورأس المال، وانتزاع ملكية الأراضي تحت شعارات ثبت فشلها وبطلانها في موطنها الأصلي (الاتحاد السوفيتي السابق)، مما أدى كل ذلك إلى انهيار هذا النظام كلياً في الدول الاشتراكية التي كانت تحذو حذو (الاتحاد السوفيتي السابق).

فتقسيم القانون إلى عام وخاص يستند إلى وجود الدولة في العلاقة التي يحكمها القانون بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة أم لا. فإذا دخلت الدولة طرفاً في علاقة قانونية بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، كان القانون الذي يحكم هذه العلاقة هو قانون عام، سواء أكان الطرف الآخر في هذه العلاقة شخصاً أم هيئة أم دولة. وإذا دخلت

الدولة طرفاً في علاقة قانونية لا بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة، وإنما بوصفها شخصاً عادياً، كان القانون الذي يحكم هذه العلاقة هو قانون خاص، سواء أكان الطرف الآخر فيها شخصاً طبيعياً أم حكمياً.

وبناء على ذلك فإن القانون العام عبارة عن (القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص والدولة في المجتمع وبين الدولة وغيرها من الدول والمنظمات الدولية بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة)، بينما القانون الخاص عبارة عن (القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص أنفسهم و بينهم وبين الدولة في المجتمع لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، وإنما بوصفها شخصاً عادياً) عندما تدخل في تصرفات قانونية كالتي يدخلها الأشخاص في اكتساب الحقوق والتصرف فيها، مثل البيع والشراء والإيجار والاستئجار .... إلخ. إذ تتجرد الدولة عند دخولها مع الأشخاص في هذه التصرفات القانونية من صفتها «صاحبة السيادة والسلطة العامة» وتنزل إلى مرتبة شخص عادي[1].

فالقانون العام يستهدف تحقيق المصلحة العامة للجماعة مباشرة، بينما القانون الخاص يرعى وينشد في الأصل المصالح الخاصة للأشخاص وإن تعلقت بعض هذه المصالح الخاصة بالمصلحة العامة. وفي العلاقات التي يحكمها القانون الخاص يتساوى المركز القانوني للدولة مع المركز القانوني للطرف الآخر، كما لو أستأجرت الدولة عمارة لإحدى دوائرها. فالإيجار والاستئجار هنا لا يخضع لقواعد إدارية أو استثنائية، بل يخضع للقواعد الموجودة في القانون الخاص. لأن مركز الدولة في هذه الحالة لا يختلف عن مركز بقية الأشخاص، وتتساوى الدولة مع الأشخاص أمام القانون الخاص الذي يحكم علاقاتها مع الأشخاص كما يحكم علاقات الأشخاص أنفسهم.

بينما في العلاقات التي يحكمها القانون العام لا يتساوى مركز الدولة القانوني مع مركز الطرف الآخر. لأن الدولة بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة تكون في مركز أعلى من مركز الأشخاص في هذه الحالة، باعتبارها تمثل المصلحة الجماعية التي تتحقق فيها المنفعة العامة، ويجب أن ترجح هذه المصلحة على المصالح الخاصة للأشخاص في حالة التعارض.

فمثلاً إذا أرادت الدولة فتح شارع جديد وسط المدينة، لها أن تنزع ملكية الدور

---

(١) أنظر مؤلفنا -القوانين- شرح قانون العقوبات العسكري -الطبعة الأولى- مطبعة حداد-البصرة/١٩٦٦- ص١ ومؤلفنا -شرح قانون العقوبات العراقي- القسم العام-المرجع السابق- ص٦.

والمنشآت التي يمر بها هذا الشارع وتستملكها من أصحابها جبراً لقاء تعويض بناء على مقتضيات المصلحة العامة وبصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، ولا يستطيع الأشخاص أن يعارضوها في ذلك. لأن مركز الدولة هنا أقوى من مركز الشخص. بينما إذا أراد أي شخص توسيع داره أو حديقته بضم أرض مجاورة، فإنه لا يستطيع نزع ملكية تلك الأرض المملوكة للغير إلا بالاتفاق مع مالكها وشرائها منه. وهكذا الأمر فيما لو فرضت الدولة ضريبة معينة أو حددت نظامها الأساسي و السلطات العامة فيها أو عاقبت مجرماً أو عقدت معاهدة أو أعلنت حرباً. فكل هذه المسائل تخضع لقواعد القانون العام لا الخاص. ولذلك قيل بأن القانون العام هو قانون القوة والسيطرة، والقانون الخاص هو قانون حرية التعاقد وسلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين.

و مع ذلك فإن تقسيم القانون إلى عام و خاص هو تقسيم شكلي لا ينبغي أن يفهم منه انعدام الصلة بينهما. لأن الدولة هي التي تضع القوانين العامة والخاصة بواسطة السلطة التشريعية وتسهر على تطبيقها بواسطة السلطة القضائية وعلى تنفيذها بواسطة السلطة التنفيذية، وهي التي تحفظ التوازن بين المصالح العامة التي ينظمها القانون العام والمصالح الخاصة التي ينظمها القانون الخاص. وكل ما في الأمر أن قواعد القانون العام هي آمرة أو ناهية لا يجوز استبعادها أو الخروج عليها باتفاق أطراف العلاقة، لتعلقها بالنظام العام كما سنرى ذلك. بينما معظم قواعد القانون الخاص، وخاصة المنظمة للمعاملات المالية هي قواعد مكملة أو مفسرة أو مقررة لإرادة الأفراد مما يجوز استبعادها باتفاق أطراف العلاقة[1].

وتصنف القواعد التي يتكون منها كل قسم من هذين القسمين إلى طوائف فرعية يطلق عليها (فروع القانون). فقسم القانون العام يتفرع إلى (قانون عام خارجي وقانون عام داخلي)، ويتمثل القانون العام الخارجي في (القانون الدولي العام). **ويتمثل القانون العام الداخلي في:-**

١-القانون الدستوري.

٢- القانون الجنائي ويلحق به قانون أصول المحاكمات الجزائية.

٣- القانون المالي.

٤- القانون الإداري.

---

(١) Prof.Dr. Abdalhak Kemal Yoruk . Hukuk Felsefesi Dersleri .Birinci Kisim . 2Tabi-Fakulteler Matbaasi- Istanbul/1958-sf. 183.ve prof. Dr.Rona Aybay ve prof.Dr. Aydin Aybay-sf.60.

ويتفرع قسم القانون الخاص إلى:-

١- القانون المدني.

٢- القانون التجاري.

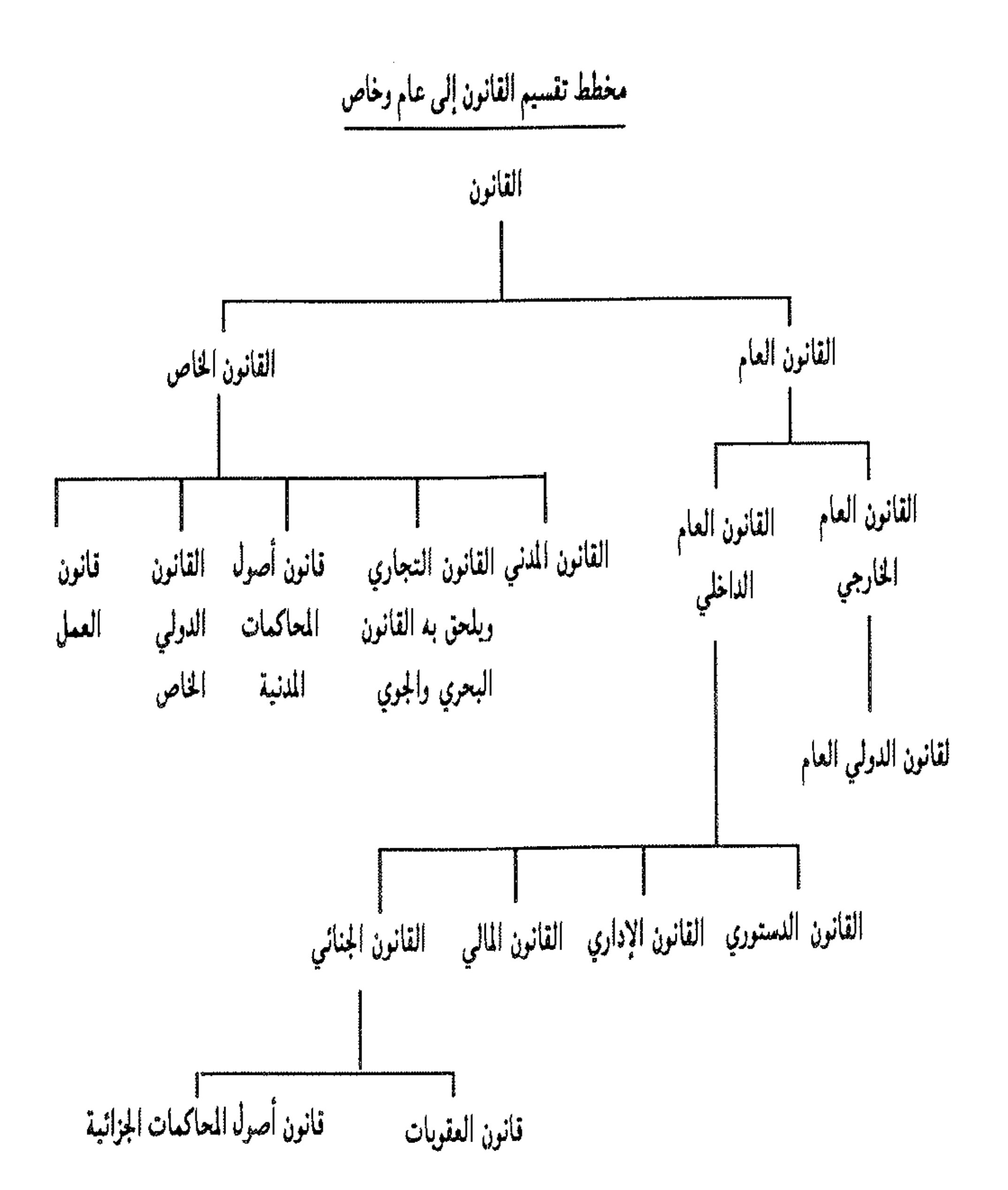
٣- قانون أصول المحاكمات المدنية.

٤- القانون الدولي الخاص.

٥- قانون العمل.

ويوضح المخطط التالي هذه الفروع التي سنشرحها تباعاً.

مخطط تقسيم القانون إلى عام وخاص



المطلب الأول

قسم القانون العام وفروعه

ذكرنا ان القانون العام عبارة عن القواعد القانونية التي تنظم العلاقات بين الأشخاص والدولة في المجتمع، وبين الدولة وغيرها من الدول أو المنظمات الدولية بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة.فالعلاقات التي ينظمها القانون العام تكون على نوعين: أولهما علاقات دولية تقوم بين الدولة وغيرها من الدول و المنظمات الدولية، وثانيهما علاقات داخلية تقوم بين الأشخاص والدولة بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة.

فالعلاقات القانونية التي هي من النوع الأول يتجاوز نطاقها حدود إقليم الدولة إلى الخارج، كاتفاقية تعقد بين الأردن وفرنسا، أو تبادل دبلوماسي بين الأردن ودولة أخرى، ولهذا يطلق على القواعد القانونية التي تحكم هذا النوع من العلاقات (القانونالعامالخارجي).

أما النوع الثاني من العلاقات، فإن نطاقه لا يتجاوز حدود إقليم الدولة إلى الخارج، بل ينحصر في الداخل، ولهذا يطلق على القواعد القانونية التي تنظم هذا النوع من العلاقات (القانون العام الداخلي). وسنتولى شرح كل نوع من هذين النوعين من القواعد القانونية بشيء من الإيجاز ضمن الفرعين التاليين وكالآتي:

الفرع الأول

القانون العام الخارجي (القانون الدولي العام)

لما كان القانون العام الخارجي يحكم العلاقات التي يتجاوز نطاقها حدود إقليم الدولة إلى الخارج بين الدولة وغيرها من الدول و المنظمات الدولية، لذا فإنه يتمثل في (القانون الدولي العام) الذي يتكون من مجموعة قواعد تنظم العلاقات بين الدول المختلفة وبينها وبين المنظمات الدولية والإقليمية التي يحكم هذا القانون نشوءها، وتحدد حقوق وواجبات الدول في السلم والحرب والحياد.

فالقانون الدولي العام يقوم على واقع الجماعات السياسية، وحصانته مستمدة من الرأي العام العالمي، والدول تلتزم بأحكامه في علاقاتها على أساس من الواقعية ومصلحة الأسرة الدولية بغية الوصول إلى علاقات دولية طبيعية هادئة بينها والعمل على توطيد هذه العلاقات. فالدولة مهما تشددت في التمسك بفكرة السيادة وفي علاقاتها مع الدول الأخرى بوصفها مستقلة في شؤونها الداخلية، فإنها لا تستطيع أن تعيش بمعزل عن غيرها من الدول التي تعتبر جميعاً بمثابة أعضاء في أسرة واحدة، وكل دولة في هذه الأسرة بحاجة إلى التعاون والتعامل مع غيرها من الدول ولا تستطيع أن تستغني عن هذا التعاون

والتعامل مهما كانت قوية وغنية، شأنها في ذلك شأن الفرد الذي لا يستطيع أن يعيش بمعزل عن المجتمع و بعيداً عن مساعدة الأفراد الآخرين وتعاونهم في مضمار الحياة. ولذلك يعّد قيام العلاقات المختلفة بين دول العالم نتيجة طبيعية لعضوية الدولة في المجتمع الدولي وعملها الدائب من أجل البقاء والتقدم بالتعاون مع الدول الأخرى، عكس ما كان عليه الوضع في السابق عندما كانت الدولة تتمسك بفكرة السيادة ومبدأ إقليمية القانون وتتشدد في علاقاتها مع الدول الأخرى وتعزل نفسها عن العالم الخارجي وتنكمش داخل حدود إقليمها وتقطع صلتها بالعالم الخارجي لعدم ثقتها بضرورة التعاون بينها وبين الدول الأخرى. ولكنها لم تستطع الاستمرار على هذه العزلة، بل خرجت عنها وأبدت التسهيلات لأبناء الدول الأجنبية للإقامة والعمل في إقليمها، وأقامت علاقات ثقافية واقتصادية وتجارية وسياسية وعسكرية ... إلخ مع الدول الأخرى، مستهدفة بذلك مصالحها العليا ورفاه شعبها وإيجاد سبل البقاء لكيانها على أساس من الشعور بوجوب تبادل المنفعة المشتركة والرغبة الأكيدة في علاقاتها مع الدول الأخرى، وبدأت الدول جميعاً تعترف وتهتم بعضويتها في الأسرة الدولية وبواجباتها .والتزاماتها في نطاق هذه الأسرة كاعتراف الفرد واهتمامه بعضويته في المجتمع الداخلي وبالتزاماته وواجباته فيه، وهذه طبيعة اجتماعية متأصلة في نفوس الأشخاص والتجمعات البشرية.

وساعد على إقامة هذه العلاقات والصلات بين الدول المختلفة في العالم سهولة المواصلات وتنوع وسائطها المريحة السريعة المضمونة وتقدم التجارة و الصناعة الدولية وازدياد العلاقات الثقافية والاجتماعية، مما أدى إلى ضرورة إيجاد قواعد تحكم هذه العلاقات على أساس من اعتراف كل دولة بعضويتها في الأسرة الدولية وبالتزاماتها وواجباتها في نطاق هذه الأسرة، حتى يسود النظام والوئام فيها محل الفوضى والخصام، ومن مجموع هذه القواعد وتطورها نشأ القانون الدولي العام لينظم العلاقات بين الدول المختلفة وبينها وبين المنظمات الدولية[1]. وينسب البعض فضل نشوء هذا القانون إلى الفقيه الهولندي (جروشيوس)[2] الذي تألم من الحروب الدينية التي جرت بين الكاثوليك

---

(١) Prof. Dr.Charles Crozat, Devletler Umumi Hakuku, cilt1.sf.10 Turkceye ceviren Edip.F.celik
ومؤلفنا -مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الثالث. دار الطباعة الحديثة -البصرة/١٩٦٦- ص٦٢.

(٢) تشير الحقائق إلى أنه تم عقد أولى الاتفاقيات الدولية في سنة ٢١٠٠ قبل الميلاد بين بعض المدن السومرية، كالمعاهدة التي عقدتها دولة مدينة لكش مع دولة مدينة (أوما) وكتبت بنودها باللغة السومرية على ألواح من الطين وتناولت مسألة صيانة الحدود. كما أن المصريين تفاوضوا سنة ١٢٧٨ قبل الميلاد مع جيرانهم وعقدوا المعاهدات المستندة إلى المنافع المتبادلة والمعاملة الحسنة للاجئين السياسيين والمهاجرين وفي الصلح والصداقة والتحالف كالمعاهدة التي عقدت بين رعمسيس الثاني وحتشيار أحد ملوك الحيثيين. (أنظر الدكتور عادل عزت السنجقلي -سريان المعاهدات على الدول غير الأطراف -رسالة دكتوراه/١٩٧٥- ص٤٨ و Seha.L.Meray, Devleletler Hukukuna Giris. Cilt1.sf.265).

والبروتستانت فوضع جملة قواعد لتنظيم العلاقات بين الدول وحاول إضفاء صفة الإلزام عليها من مبادئ القانون الطبيعي في كتابه الشهير (قانون الحرب والسلم) عام ١٦٢٥م، خاصة القواعد التي توجبها مبادئ العدالة والتي تقضي بلزوم رعاية العهود. وهذا المؤلف يعّد أول من كتب في القانون الدولي، وبسبب ذلك لقب هذا الفقيه (بأبي القانون الدولي).وبعد ذلك تنامت قواعد القانون الدولي العام واتسع نطاقها وتعددت مصادرها.[1]

موضوعات القانون الدولي العام:

الموضوع الرئيس للقانون الدولي العام هو الدول وتنظيم العلاقات بينها في السلم والحرب والحياد. فهو بذلك قانون السلم وقانون الحرب وقانون الحياد وكالآتي:-

١- توجد في القانون الدولي العام قواعد تحكم نشوء الدولة وتنظم العلاقات بين الدول وتحدد حقوقها وواجباتها في وقت السلم تسمى (قواعد السلم). إذ تتولى هذه القواعد تعريف الدولة وبيان عناصرها من إقليم وشعب ونظام وكيفية الاعتراف بها دولياً واكتسابها الشخصية الدولية، وهل هي تامة السيادة أم ناقصة السيادة وتحديد ما يمكن أن تتمتع به من حقوق، كحقها في العيش بحرية واستقلال، والسيادة على إقليمها ورعاياها، وسلامة حدودها، وعدم التدخل في شؤونها الداخلية، والتمثيل السياسي، وعقد المعاهدات والاتفاقيات والمؤتمرات الدولية، والملاحة البحرية والجوية، واستغلال ثرواتها الطبيعية من أجل شعبها والاستفادة من المنظمات الدولية، كالأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة[2] .

وتتولى قواعد السلم في القانون الدولي العام أيضاً بيان واجبات الدول المتمثلة في ما يرد من قيود على حقوق السيادة المعترف بها لكل دولة لمصلحة الأسرة الدولية، مثل السماح بمرور القوات الدولية من أراضيها وعدم إخضاع البعثات الدبلوماسية والقنصلية الأجنبية لقانونها وقضائها الوطني وحل المنازعات الدولية بالطرق السلمية والودية، مثل المفاوضات والتحكيم والوساطة والتوفيق والقضاء الدولي، والاشتراك في تحمل نفقات المنظمات الدولية والمساهمة في قوات الطوارئ الدولية. علماً أن قواعد السلم هي التي كان يجب أن تسود و تشغل اليوم المكانة الأولى في القانون

---

(١) أنظر جاكوبسن وليبمان ترجمة مهيبة المالكي الدسوقي -العلوم السياسية- بيروت-ص٥٥ . ومؤلفنا -مذكرات في مبادئ العلوم السياسية- الجزء الثالث-المرجع السابق- ص٦٩ والدكتور أحمد سويلم العمري -أصول العلاقات السياسية الدولية - ص١٨٣

(٢) أنظر Prof Dr.Charles Crozat. sf.22 والدكتورعلي محمد بدير -المرجع السابق- ص٥٤ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص٢٠٦ وعبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه -المرجع السابق- ص١١٢.

الدولي العام ولكن هيهات.

٢- و توجد في القانون الدولي العام قواعد تنظم علاقات الدول المتحاربة أثناء الحروب تسمى (قواعد الحرب). وكانت هذه القواعد سابقاً هي التي تشغل المكانة الأولى في القانون الدولي العام.فقواعد الحرب تنظم بدء الحرب وإعلانها وانتهاءها، والأسلحة التي يجوز استخدامها والتي لايجوز والقيود التي يجب الالتزام بها أثناء العمليات الحربية، مثل عدم ضرب المستشفيات ومنابع مياه الشرب والمدارس، ومعاملة أسرى وجرحى الحرب بالحسنى، والتكتلات والأحلاف العسكرية والعلاقة بين قوات الاحتلال والمناطق المحتلة، والهدنة والصلح والاستسلام والانهزام وتعطيل التمثيل السياسي بين الدول المتحاربة وإلغاء الاتفاقيات المعقودة بينها، والآثار الأخرى المترتبة على الحرب[1].

٣- و توجد في القانون الدولي العام قواعد تنظم حالة الحياد[2] بين الدول المتحاربة والدول المحايدة تسمى (قواعد الحياد). لأنها تنظم حقوق وواجبات الدول المتحاربة و الدول المحايدة والتزام الدول المحايدة بعدم الاشتراك في الحرب سياسياً وعسكرياً وعدم تقديم المساعدات لأطراف الحرب، وجواز ضبط المهربات الحربية للدول المتحاربة في إقليمها وغير ذلك، مقابل التزام الدول المتحاربة بالمحافظة على سلامة أراضي الدول المحايدة وعدم استعمالها للعمليات الحربية واحترام حقها في التجارة مع جميع الأطراف المتحاربة وكيفية قبول اللاجئين من المتحاربين .. إلخ.

٤- و توجد في القانون الدولي العام فضلاً عن قواعد السلم والحرب والحياد، قواعد أخرى تنظم المنظمات والهيئات الدولية والإقليمية في السلم والحرب تسمى (قواعد المنظمات الدولية)، مثل عصبة الأمم سابقاً، و الأمم المتحدة ومايتبعها من منظمات ووكالات متخصصة حالياً، مثل مجلس الأمن ومحكمة العدل الدولية ومنظمة العمل الدولية وبنك الإنشاء والتعمير ومجلس الوصاية والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومنظمة الثقافة والتربية العالمية (اليونسكو) و منظمة رعاية الطفولة ووكالة غوث اللاجئين ومنظمة الصحة العالمية ... إلخ.

وكذلك تحكم هذه القواعد المنظمات الإقليمية، مثل جامعة الدول العربية ومنظمة

---

(١) أنظر الأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق- ص١٩٢ والدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص٢٠٨ وعبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه -المرجع السابق- ص١١٢.

(٢) أنظر الدكتور عادل عزت السنجقلي -المرجع السابق- ص١٤٢ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٥٥ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص٢٠٧.

الوحدة الأفريقية ومنظمة دول عدم الانحياز ورابطة دول الكومنولث ومنظمة الدول العربية المصدرة للنفط ....إلخ.

طبيعة قواعد القانون الدولي العام:

إن القانون الدولي العام ما يزال في المراحل الأولى من نموه وتطوره وهو يستند إلى قواعد ترتضيها الدول لنفسها إما ضمناً بحكم العرف والعادة أو صراحة بحكم المعاهدات والاتفاقيات الدولية، وما يزال ينقصه عنصران جوهريان توافرا لقواعد القانون الداخلي ولم يتوافرا لقواعده وهما:

١- هيئة تشريعية دولية تختص بسن قواعد قانونية ملزمة لجميع الدول.

٢- جزاء مادي حال تقترن به قواعده وتطبقه سلطة مختصة تعلو سيادة الدول التي تخرق أحكامه.

ومعنى هذا أن عنصر الإلزام مفقود في قواعد هذا القانون، ولهذا اختلف الفقهاء حول طبيعة قواعده. إذ ذهب البعض منهم وعلى رأسهم (اوستن) و(بنتام) و(أدموند) إلى أن القانون أمر صادر من حاكم يملك سلطة سياسية تضمن إلزامه وتطبيقه بفرض الجزاء المادي الحال على المخالفين له. أي أن تضع القواعد القانونية سلطة تشريعية وتطبقها سلطة قضائية وتنفذها سلطة تنفيذية، وأن تتضمن هذه القواعد الجزاء المادي الحال الذي يمكن إنزاله بمن يخالفها بالقوة عند الحاجة. بينما قواعد القانون الدولي العام ليست من القانون في شيء، لأنه ليس قانوناً بالمعنى الدقيق، وإنما هو من قواعد الأخلاق الإيجابية لعدم وجود مشرع يضع قواعده، وسلطة عامة تقسر الدول على اتباع أحكامه بالقوة عند الحاجة، وقضاء بالمفهوم المعروف يطبقه عندما تلجأ إليه الدول لحل المنازعات بينها. فقواعده لا تقترن بجزاء مادي منظم، ومحكمة العدل الدولية ليست لها صلاحية القضاء في كل المنازعات الدولية، والمجالات التي تراجع فيها قليلة وتكاد تكون استثنائية. لأن كل دولة في الواقع هي حاكم قضيتها، خاصة الدول الكبيرة، وحتى في الحالات التي تعرض فيها منازعات دولية على هذه المحكمة لا تكون لقراراتها صفة الإلزام، كما لا توجد سلطة تنفيذية تستطيع أن تمنع بالقوة الإخلال بقواعده وتنفيذ القرارات الصادرة من هذه المحكمة. ولو تصفحنا تاريخ العلاقات الدولية لوجدنا آلاف الحالات التي تم فيها الإخلال بقواعد هذا القانون من قِبَل دول مختلفة دون أن تنال الجزاء وآخرها اعتداء صرب البوسنة على البوسنة ومحاولة إبادة شعبها المسلم في ظل الأمم المتحدة، وغيرها من القضايا الدولية القديمة والحديثة[١].

---

(١) أنظر Prof . Dr. Charles Crozat .Sf.27

فعصبة الأمم سابقاً وهيئة الأمم المتحدة حالياً لم تكونا يوماً من الأيام سلطة عليا فوق الدول القائمة حتى تقوما بسن قواعد قانونية ملزمة لها وتطبيقها بالقوة، وإنما كانتا منبراً لإلقاء الخطب المعبرة عن وجهة نظر الدول التي يمثلها هؤلاء الخطباء بما لا ينسجم مع قواعد القانون الدولي العام.

ولكل ما تقدم ينكر أنصار هذا الرأي إطلاق صفة القانون الملزم بالمعنى الدقيق على القانون الدولي العام ويبررون موقفهم هذا بالحجج الآتية:-

١- عدم صدور قواعده من سلطة تشريعية مختصة.

٢- عدم وجود محاكم بالمعنى الصحيح يناط بها تطبيق أحكامه وحماية الروابط التي تحكمها قواعده.

٣- عدم وجود سلطة تنفيذية تقوم بتنفيذ ما تقرره أحكامه بالقوة عند الاقتضاء.

٤- عدم اقتران قواعده بالجزاء المادي الحال الذي يمكن إنزاله من قبل سلطة عامة بمن يخالف أحكامه[1].

وقد رد أنصار القانون الدولي العام وعلى رأسهم (سافيني) زعيم المدرسة التاريخية على الحجج السابقة وقالوا ان القانون الدولي العام هو قانون بالمعنى الدقيق للأسباب الآتية:-

١- لايشترط في القانون الملزم أن تصدره سلطة تشريعية بصورة مكتوبة، بل ان العرف يقوم بمهمة إنتاج قواعد قانونية ملزمة أيضاً وهو لا يصدر بصورة مكتوبة من السلطة التشريعية.

فالعرف من المصادر الرسمية للقانون، وقد تكون مهمته هذه أكثر أهمية من مهمة التشريع في بعض فروع القانون، وانعدام التشريع لا يعني إنعدام القاعدة القانونية. لأن التشريع ليس إلا مصدراً واحداً من مصادر القانون العديدة. فالقواعد التي تنشأ في المجتمع عن طريق العرف تعدّ قواعد قانونية ملزمة رغم عدم صدورها من سلطة تشريعية مختصة، ومع ذلك لم ينكر عليها أحد صفة القواعد القانونية الملزمة. فالاختبار الصحيح للقانون هو ما يحصل عليه من اعتراف دون حاجة إلى التهديد بفرض العقوبات[2].

فالقواعد القانونية الملزمة تنشأ في انكلترا عن طريق العرف دون تدخل المشرع.

---

(١) أنظر الدكتور عصام العطية -القانون الدولي العام- الطبعة الثانية- مطبعة جامعة بغداد/ ١٩٨٠ - ص٢٥ وما بعدها والدكتور علي محمد بدير- المرجع السابق- ص٥٧ والدكتور حسن عبد الهادي الجلبي -المصدر السابق- ص١٣ والدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص٢١٢.

(٢) أنظر الدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٥٧

٢- إن قواعد القانون الدولي العام تقترن بالجزاء المادي، ويظهر هذا الجزاء في تألب الرأي العام العالمي ضد أي خرق لقواعده، وفي التدابير الاقتصادية والسياسية والعسكرية التي يمكن اتخاذها في حالة تعرض الأمن والسلم الدوليين للخطر وفقاً للمواد (٤١ و ٤٢ و ٤٣) من ميثاق الأمم المتحدة[١].

٣-إن عدم وجود سلطة قضائية تقوم بتطبيق أحكام القانون الدولي العام لا ينفي وجود هذا القانون. إذ ان انعدام القضاء لا يؤثر في وجود القانون، لأن مهمة القاضي هي تطبيق القانون وليس خلقه. فالمفروض ان القانون موجود قبل وجود القاضي، وقد يطبق القانون فعلاً دون الرجوع إلى القاضي، فضلاً عن ان القضاء الدولي موجود منذ مدة ليست قصيرة كأداة لتسوية المنازعات الدولية وفقاً لأحكام القانون الدولي العام. فقد أنشئت المحكمة الدائمة للتحكيم بموجب اتفاقية لاهاي عام ١٨٩٩ ومحكمة العدل الدولية الدائمة سنة ١٩٢٠ ومحكمة العدل الدولية سنة ١٩٤٥م [٢].

وإننا نعتقد بأنه لا يمكن توكيد توافر عنصر الجزاء المادي الحال بالمعنى الدقيق في قواعد القانون الدولي العام والذي يمكن إنزاله بالدول المخالفة في صورة إجبار مادي تقوم به سلطة عليا لها حق إلزام الدول الأعضاء في الجماعة الدولية بأحكام هذا القانون رغم اعتراف جميع الدول الأعضاء في الجماعة الدولية به. لأن قواعده تفتقر إلى الجزاء المادي الكامل المنتظم بالمعنى الصحيح والدقيق. فهو لم يصل بعد إلى حد الكمال الذي وصل إليه القانون الداخلي بالنسبة لهذا الجزاء، بل لا يظهر هذا الجزاء إلى الوجود إلا عندما تقوم الحاجة لحماية مصالح الدول الكبيرة على حساب الدول الصغيرة، بينما يختفي عندما تظهر الحاجة إليه لحماية مصالح الدول الصغيرة. وإذا كان البعض يظن ان قواعد القانون الدولي العام قد خطت خطوات واسعة إلى الأمام بعد الحرب العالمية الثانية عندما تمخضت هذه الحرب عن منظمات دولية، كالجمعية العامة للأمم المتحدة ومجلس الأمن والمجلس الاقتصادي والاجتماعي وزاد في أملهم عندما نص ميثاق الأمم المتحدة على المساواة بين الدول الصغيرة والكبيرة في السيادة وإنشاء بوليس دولي من قوات الدول الأعضاء لضمان احترام قواعد هذا القانون، فقد خاب ظنهم وتبخرت آمالهم بعد الحرب التي شنها صرب

---

(١) Prof.Dr.Seha.L.Meray -Devletler Hukukukuna Giris. Birinci Cilt. ikinci Basi-Ajans-Turk Matbaasi- Ankara 1960-Sf.265 ve Prof.Dr. Seha.L. Meray - Savas ve Baris Hukuku-Ankara Universitesi Basimevi - Ankara-1967-sf.137

(٢) أنظر بحث ولاية محكمة العدل الدولية ومواقف الدول النامية حيالها للدكتور صالح جواد الكاظم -مجلة المجمع العلمي العراقي. الجزء الأول -المجلد الثالث والثلاثين- كانون الثاني -١٩٨٢- ص٣٣٥ وما بعدها.

البوسنة لإبادة الشعب المسلم في البوسنة وعجز الأمم المتحدة ومنظماتها عن إرغام المعتدي على إيقاف حرب الإبادة هذه. ولهذا يخضع حالياً وجود وتطبيق الجزاء في القانون الدولي العام للاقتصاص الفردي ومنطق القوة والكيل بمكيالين كما كان الأمر في العهود الغابرة قبل قيام هذه المنظمات الدولية، وذلك بسبب أنانية الدول الكبيرة التي تعرقل نجاح هذه المنظمات الدولية في جهودها الرامية إلى إقرار السلم والأمن بين جميع دول العالم، تحقيقاً لمصالحها وإبقاء سيطرتها على ثروات دول العالم الثالث.

مصادر القانون الدولي العام:

أشارت المادة السابعة من اتفاقيات لاهاي لسنة ١٨٩٩م الخاصة بإنشاء محكمة التحكيم الدولية الدائمة والمادة الثانية والثلاثون من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية الدائمة التي تأسست سنة ١٩٢٠م، إلى المصادر الرسمية لقواعد القانون الدولي العام. ولكن الوضوح لم يظهر في تحديد هذه المصادر إلا في المادة (٣٨) من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية التي تأسست سنة ١٩٤٥م، وهذا النظام الأساسي هو جزء من ميثاق الأمم المتحدة[1].

فمصادر القانون الدولي العام بمقتضى المادة الآنف الذكر هي على نوعين: أولهما مصادر أصلية، وثانيهما مصادر احتياطية. فالمصادر الأصلية للقانون الدولي العام هي:-

١- المعاهدات والاتفاقيات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد دولية تعترف بها صراحة الدول المتعاقدة، خاصة المعاهدات الشارعة التي تعقد بين عدد غير محدود من الدول بغية وضع قواعد دولية لموضوعات تهم الأسرة الدولية. لأن المعاهدة عبارة عن اتفاق بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام لإحداث آثار قانونية

---

(١) تنص المادة (٣٨) المذكورة على أن: (وظيفة المحكمة هي أن تفصل في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولي، وهي تطبق في هذا الشأن.

الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.

ب- العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.

جـ- مبادئ القانون العامة التي أقرتها الامم المتمدينة.

د- احكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في حقل القانون الدولي العام في مختلف الامم، ويكون هذا أو ذاك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة (٥٩).

هـ- لا يترتب على النص المتقدم ذكره أي اخلال بما للمحكمة من سلطة الفصل في القضية وفقاً لمبادئ العدل والانصاف متى وافق أطراف الدعوى على ذلك) .(أنظر الدكتور صبيح مسكوني -محكمة العدل الدولية والقانون الداخلي للمنظمات الدولية- مطبعة شفيق- بغداد/١٩٦٨ ص٢٣ والأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٢٤٠ والأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق ص١٩٣. والدكتور حكمت شبر القانون الدولي العام- دراسة مقارنة -الجزء الأول- مطبعة دار السلام- بغداد/١٩٧٥ ص٧٨).

معينة، كالاتفاق الخاص بميثاق الأمم المتحدة المعقود عام ١٩٤٥م واتفاقية لاهاي لعام ١٨٩٩م ....إلخ.

٢- العرف والعادة الدوليان اللذان استقرا في التعامل الدولي نتيجة التواتر على اتباعهما من قبل الدول واعتبارهما بمثابة القانون.

٣- المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الدول المتمدينة والتي هي أساس لكل نظام قانوني وضعي، كمبدأ المسؤولية عن الفعل الضار ومبدأ احترام العقود... إلخ. لأن هذه المبادئ العامة الأساسية تستلزمها قواعد العدالة والمنطق وروح العدل الطبيعي في جميع الدول[1].

أما المصادر الاحتياطية للقانون الدولي العام فهي:

١- القضاء الدولي، مثل قرارات محكمة العدل الدولية ومحاكم التحكيم الدولية.

٢- فقه كبار المؤلفين في القانون الدولي العام في مختلف الأمم.

٣- مبادئ العدالة والإنصاف متى ما وافق أطراف النزاع عليها[2].

الفرع الثاني

القانون العام الداخلي وفروعه

يشمل القانون العام الداخلي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم كيان الدولة وعلاقاتها مع الأشخاص في المجتمع الداخلي بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة. أي القواعد القانونية التي تتصل بالسيادة الداخلية للدولة. ويتفرع القانون العام الداخلي إلى الفروع التالية: ١- القانون الدستوري.

٢- القانون الإداري.

٣- القانون المالي.

٤- القانون الجنائي ويلحق به قانون أصول المحاكمات الجزائية.

وسنشرح هذه الفروع بشيء من الإيجاز وكالآتي:

أولاً: القانون الدستوري:

القانون الدستوري عبارة عن مجموعة القواعد القانونية الأساسية التي تحدد شكل

---

(١) أنظر مؤلفنا -مذكرات في مبادئ العلوم السياسية، الجزء الثالث- المرجع السابق- ص٧٦ والدكتور حسن عبد الهادي الجلبي -المرجع السابق- ص٩٣ والدكتور علي صادق أبو هيف -القانون الدولي العام-الأسكندرية- ص٥٨ والدكتور عادل السنجقلي -المرجع السابق- ص٢٥ والدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص٢١٤.
Prof.Dr. Edip F. Celik, Milletlerarasi - Birinci Cilt. Fakulteler Matbasi - Istanbul- 1963.sf.210.

(٢) أنظر الدكتور حكمت شبر -المرجع السابق- ص١٠١ والدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص٢١٨

الدولة ونوع الحكومة فيها وسلطاتها العامة في تكوينها واختصاصها وعلاقاتها فيما بينها، وتقرر حقوق وواجبات الأفراد الأساسية في الدولة وعلاقاتهم بسلطاتها العامة.

فموضوعاته إذن هي:

١- تحديد طبيعة وشكل الدولة ونوع الحكومة فيها.

٢- تنظيم السلطات العامة التي تتكون منها الدولة واختصاصاتها وعلاقاتها فيما بينها وهي: (السلطة التشريعية والسلطة القضائية والسلطة التنفيذية).

٣- بيان الحقوق والواجبات العامة الأساسية للأفراد.

ويعتبر العرف الدستوري المصدر الوحيد للدستور (المرن)، وإن جاز أن ينضم إليه التشريع، ويعتبر التشريع المصدر الوحيد للدستور (الجامد) وإن جاز أن تنضم إليه الأعراف والعادات الدستورية.

وسوف نقوم بشرح كل ما يتعلق بهذا القانون في موضوع (أنواع التشريع) من حيث تعريفه وشرح موضوعاته وطريقة سنه وأنواعه، لذا نكتفي هنا بهذا القدر ونحيل إلى ما سيأتي ذكره في الصفحة ١٠١ وما بعدها.

ثانياً: القانون الإداري:

وهو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم نشاط السلطة التنفيذية وسير جهازها الإداري وكيفية أداء وظيفتها الإدارية وإدارة المرافق العامة.

فإذا كان القانون الدستوري يبين ويرسم أسس تكوين السلطة التنفيذية ووظيفتها بوضع هذه الأسس موضع التنفيذ، فإن القانون الإداري يتولى تنظيم حركتها ونشاطها في الدولة ويبين كيف تسير وتعمل في أداء وظيفتها. أي أن القانون الدستوري يبين كيف شيدت الآلة الحكومية وكيف ركبت أجزاؤها، والقانون الإداري يبين كيف تسير ميكانيكية عمل هذه الآلة وكيف تقوم كل قطعة فيها بوظيفتها لتصريف الشؤون الإدارية اليومية العادية والتي تسمى بـ(أعمال الإدارة) تمييزاً لها عن نوع آخر من الأعمال التي تتولاها السلطة التنفيذية وتسمى بـ(أعمال السيادة)، مثل إعلان الحرب وإبرام المعاهدات. إذ يدخل تنظيم مثل هذه الأعمال في نطاق القانون الدستوري[1].

ومن هذا يتبين لنا أن موضوعات القانون الإداري هي:-

١- تنظيم تشكيلات وهيكل الجهاز الإداري للسلطة التنفيذية وتحديد الأشخاص والهيئات

---

(١) أنظر الدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٦٤ والأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٢٥٠ والدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص٢٢٧.

التي تمارس الأعمال الإدارية في الدولة، كرئيس الحكومة ومجلس الوزراء والوزراء، والوزارات المختلفة ودوائرها، والوحدات الإدارية، كالمحافظة والمتصرفية والقضاء والناحية، والمؤسسات والمصالح العامة، كالجامعات ومؤسسة النقل العام، والهيئات المحلية، كالمجالس البلدية والقروية وكل ما يتصل بها من أوجه النشاط.

٢- تنظيم العلاقات بين إدارات الجهاز الإداري وبين موظفيها ومستخدميها وعمالها من حيث التعيين والترقية والترفيع وتحديد الراتب والاستقالة والإحالة على التقاعد والتأديب وإنهاء الخدمة وغير ذلك. أي من حيث تحديد حقوقهم على الإدارة وواجباتهم نحوها.

٣- تنظيم إدارة الأموال العامة المنقولة وغير المنقولة والمحافظة عليها واستثمارها والانتفاع بها وصيانتها. علماً بأن للدولة نوعين من الأموال، أموال خاصة، وهي تلك التي تملكها وتتصرف فيها كما يملك الأشخاص أموالهم الخاصة ويتصرفون فيها، كأراضٍ زراعية ومشاريع اقتصادية ومزارع ....إلخ.

وأموال عامة مخصصة للمنفعة العامة ويحق للجمهور أن ينتفع بها في حدود ما يقضي به القانون، كالطرق والشوارع والحدائق العامة والترع والجسور.

٤- تنظيم وتحديد أنواع الخدمات العامة التي تقدمها السلطة التنفيذية في المجتمع عن طريق المرافق العامة. أي النشاط الحكومي الموجه نحو تحقيق النفع العام، كالتعليم والصحة والدفاع والأمن والمواصلات وغيرها من الخدمات العامة التي صارت الحكومات تتكفل بتقديمها للمواطنين في الدول الحديثة لإشباع الحاجات العامة[1].

والدول قد تتبع في إدارة المرافق العامة وتقديم هذه الخدمات نظام الإدارة المركزية، فتحصر السلطة في يد الهيئة المركزية ولا تعطي للهيئات المحلية إلا القليل من الاستقلال الإداري في تنفيذ المشاريع وتقديم الخدمات، وتصبح هذه الهيئات المحلية مجرد أداة لتنفيذ مشيئة الهيئة المركزية التي تهيمن على إدارة كافة المرافق العامة في البلاد ولا بد من رجوع الهيئات المحلية إليها في جميع شؤونها.

أو قد تتبع الدول نظام الإدارة اللامركزية عندما تترك الهيئة المركزية القسط الكبير من صلاحياتها في إدارة المرافق وتقديم الخدمات للهيئات المحلية لتمكينها من البت في الكثير من المسائل دون الرجوع إلى الحكومة المركزية إلا في الشؤون العامة، وتحتفظ لنفسها بحق إدارة بعض المرافق العامة الأساسية الهامة مركزياً، مثل الدفاع والسياسة

---

(١) أنظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق- ص١٩٥ والدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص٢٢.

الخارجية وإصدار العملة ... إلخ.

فالقانون الإداري يحدد وينظم العلاقة بين الحكومة المركزية والإدارات الإقليمية والهيئات المحلية في كلتا الحالتين[1].

٥- تنظيم مسؤولية الإدارة عن أعمالها الإدارية. أي حكم المنازعات التي تقوم بين الإدارة والأشخاص من جراء النشاط الإداري. إذ أن الدول المتمدينة تخضع في نشاطها الإداري لأحكام القانون والرقابة القضائية، حتى لاتتحول أجهزتها إلى مؤسسات استبدادية متمتعة بسلطة إدارية مطلقة. فكما أن الشخص يخضع في نشاطه للقانون والقضاء، هكذا الجهاز الإداري في الدولة يجب أن يخضع لأحكام القانون والرقابة القضائية، وأن تكون هناك محاكم لمقاضاة الأجهزة الإدارية المختلفة في الدولة عند تجاوزها حدود صلاحياتها ومخالفتها لأحكام القانون في أعمالها الإدارية ضماناً للشرعية وحفاظاً على حقوق الأشخاص. لأن السلطة الإدارية من خلال أداء وظيفتها الإدارية وتحقيق الصالح العام تتمتع بحقوق وصلاحيات إدارية واسعة وفقاً لأحكام القانون العام لا يتمتع بها الأشخاص الآخرين، مثل نزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء على المال للمصلحة العامة وحق التنفيذ المباشر بإصدار قرارات وأوامر إدارية تؤثر في حقوق الأشخاص.

فلضمان حقوق الأشخاص وكفالة حسن قيام السلطة الإدارية بوظيفتها دون تعسف أو تجاوز لحدود القانون، لا بد من وجود وسيلة فعالة للرقابة على الأعمال والأوامر والقرارات الإدارية بما يمكن في حالة مخالفتها أو تجاوزها للقانون من إلغائها أو وقف تنفيذها أو التعويض عن الأضرار الناجمة عنها. وعلى الرغم من أن ولاية القضاء العادي يجب أن تشمل أعمال الإدارة، إلا أنه قد يعترض على ذلك بالقول ان هذا التدخل يعد مخالفاً لمبدأ الفصل بين السلطات الذي يمنع السلطة القضائية من التدخل في أعمال الإدارة. ولهذا نجد ان الدول تختلف في كيفية تعيين الجهة التي يمكن الرجوع إليها لمقاضاة الجهاز الإداري في الدولة عن أعماله الإدارية وإن كانت تتفق في مبدأ وجوب خضوعه لأحكام القانون والرقابة القضائية.

ففي بعض الدول يخضع نشاط الجهاز الإداري لنفس القانون والقضاء الذي يخضع له نشاط الأشخاص في علاقاتهم، فتعرف بـ(الدول ذات النظام القضائي الموحد)، مثل

---

(١) أنظر الدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٦٥ والأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٢٥١.

أمريكا وانكلترا والعراق[1].

وفي دول أخرى توجد محاكم إدارية تطبق أحكام القانون الإداري على النزاع المتولد من أعمال الإدارة إلى جانب المحاكم العادية التي تقوم بتطبيق أحكام القانون المدني على الأعمال المدنية، ولذلك سميت بـ(الدول ذات النظام القضائي المزدوج)، مثل مصر وفرنسا[2].

ففي النوع الأول من الدول تكون للمحاكم العادية الولاية العامة على جميع المنازعات الإدارية والمدنية، وعلى جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية العامة والخاصة. بينما في النوع الثاني من الدول يقوم قضاء إداري على أسس معينة إلى جانب القضاء العادي، وهو قضاء خاص له درجات متسلسلة قد تنتهي بمجلس الدولة، وتكون له الولاية العامة على المنازعات الإدارية الخاضعة للقانون الإداري التي تقوم بين الأشخاص والسلطات الإدارية .

وفي المملكة الأردنية الهاشمية بدأت محكمة التمييز تنعقد في هيئة محكمة عدل عليا ذات اختصاصات محددة بموجب القانون المؤقت رقم ٧١ لسنة ١٩٥١ الذي صدر عقب ضم الضفة الغربية إلى الأردن وإنشاء محكمة استئناف في القدس بتاريخ ١٩٥٠/٥/٢٤.

وكان من اختصاصات محكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا النظر في القضايا التي لا تعد دعاوى بالمعنى القانوني ولا تدخل ضمن اختصاصات محاكم أخرى، مثل قرارات التوقيف الإداري الاعتباطي والمسائل المتعلقة بالموظفين، فضلاً عن إلغاء أي إجراء أتخذ استناداً إلى نظام مخالف للدستور والقوانين المرعية.

ثم صدر قانون تشكيل المحاكم النظامية، رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢ الذي أعطى لمحكمة التمييز صلاحية النظر في الطعون الموجهة ضد قرارات إدارية محددة بصفتها محكمة عدل عليا وإبطال أي إجراء أو رأي صادر بموجب نظام يخالف الدستور أو القانون بناء على

---

(١) كان العراق يأخذ بنظام القضاء الموحد الذي لا توجد فيه محاكم ادارية، وكان للمحاكم المدنية الولاية العامة للنظر في كافة المنازعات الادارية وغير الادارية وعلى جميع الأشخاص الطبيعية والمعنوية وفقاً للمادة (٢٩) من قانون أصول المرافعات المدنية لعام ١٩٦٩ والمادة (١٢) من قانون التنظيم القضائي إلى أن صدر عام ١٩٧٧ قانون المحاكم الادارية ونص على إنشاء محاكم ادارية خاصة للنظر في المنازعات التي تكون الادارة طرفاً فيها، ثم ألغيت هذه التجربة عام ١٩٨٨ وعادت الولاية العامة للمحاكم العادية.

(٢) ينسب الفضل في نشوء القضاء الاداري إلى الثورة الفرنسية التي قضت على ما كان يصيب الأفراد من التطاول على حقوقهم من قبل الادارة وعدم إمكان مساءلتها أمام القضاء بسبب أن القضاء ممنوع عليه التدخل في شؤون الادارة، وتم التمييز بين وضعين للدولة وهي تتصرف، وضعها وهي تتصرف بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، فخضعت في هذا الوضع لقواعد القانون العام التي يطبقها القضاء الاداري ومنعت المحاكم العادية من التدخل في أعمال الادارة، مما أدى إلى نشوء القانون الاداري والقضاء الاداري. ووضعها وهي تتصرف لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، بل بوصفها شخصاً عادياً، فخضعت في هذا الوضع للقانون الخاص وولاية المحاكم العادية.

شكوى المتضرر[١].

ثم صدر قانون محكمة العدل العليا المؤقت رقم ١١ لسنة ١٩٨٩ الذي نص في المادة (٨/أ) منه على إنشاء محكمة ضمن ملاك وزارة العدل تسمى (محكمة العدل العليا). ونصت المادة (٩/أ) منه على أنها تختص دون غيرها (بالنظر والقضاء) في دعاوي متعلقة بأمور معينة[٢].

وأخيراً صدر قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢[٣] الذي ألغى القانون السابق ونص على إنشاء محكمة تسمى (محكمة العدل العليا) يكون مقرها في عمان وتوسيع اختصاصاتها في الطعون المقدمة من ذوي المصلحة والمتعلقة بأعمال إدارية معينة تختص هذه المحكمة دون غيرها برؤيتها[٤].

ومصادر القانون الإداري هي التشريع والقضاء والعرف.

---

(١) أنظر الفقرة (ب) من المادة (١١) من القانون المذكور والدكتور موسى شحادة -مقارنة محكمة العدل العليا الأردنية ومجلس الدولة الفرنسي- رسالة دكتوراه- جامعة باريس /١٩٩٢ص٤٩-٥٠.

(٢) كانت الأمور المشار إليها في النص هي: ١-الطعون الخاصة بانتخاب المجالس البلدية والادارية وغرف الصناعة والتجارة والجمعيات ولا تشمل هذه الصلاحية الاجراءات السابقة لعملية الاقتراع أو الممهدة لها. ٢- الطعون التي يقدمها ذوو الشأن في القرارات الادارية النهائية المتعلقة بالتعيين في الوظائف العامة أو بمنح الزيادات السنوية للموظفين العامين. ٣- طلبات الموظفين العامين بالغاء القرارات الادارية النهائية الصادرة بفصلهم من وظائفهم بغير الطريق القانوني. ٤- طلبات الموظفين العامين بالغاء القرارات الادارية النهائية الصادرة بحقهم من قبل المجالس التأديبية.٥- المنازعات المتعلقة برواتب التقاعد المستحقة للمتقاعدين من الموظفين العامين أو لورثتهم. ٦- الدعاوى التي يقدمها الأفراد والهيئات العامة بالغاء القرارات الادارية النهائية. ٧- الدعوى بإبطال أي قرار صادر بموجب نظام يخالف الدستور أو القانون بناء على طلب المتضرر. ٨- المنازعات والمسائل التي تعتبر من اختصاص محكمة العدل العليا بموجب أي قانون آخر.

ووفقاً للفقرة (ب) من المادة (٩)، كان لا يقبل الطعن لدى محكمة العدل العليا في أي قرار يتعلق بعمل من أعمال السيادة.

(٣) نشر هذا القانون في العدد ٣٨١٣ من الجريدة الرسمية الصادر بتاريخ ٢٥ آذار سنة ١٩٩٢.

(٤) نصت المادة (٩/أ) من هذا القانون على اختصاص المحكمة في الأمور التالية: ١- الطعون بنتائج انتخابات مجالس الهيئات التالية: البلديات وغرف الصناعة والتجارة، والنقابات، والجمعيات والنوادي المسجلة في المملكة، وفي سائر الطعون الانتخابية التي تجري وفق القوانين والأنظمة النافذة المفعول. ٢- الطعون التي يقدمها ذوو الشأن في القرارات الادارية النهاية الصادرة بالتعيين في الوظائف العامة أو المتعلقة بالزيادة السنوية، أو بالترفيع أو بالنقل أو الانتداب أو الاعارة. ٣- طلبات الموظفين العموميين بالغاء القرارات الادارية النهائية الصادرة بإحالتهم على التقاعد أو الاستيداع أو بفصلهم من وظائفهم أو فقدانهم لها أو ايقافهم عن العمل بغير الطريق القانوني. ٤- طلبات الموظفين العموميين بالغاء القرارات النهائية الصادرة بحقهم من قبل السلطات التأديبية. ٥- المنازعات الخاصة بالرواتب والعلاوات والحقوق التقاعدية المستحقة للموظفين العموميين أو المتقاعدين منهم أو لورثتهم. ٦- الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب الغاء أي قرار أو اجراء بموجب أي قانون يخالف الدستور أو أي نظام يخالف الدستور أو القانون. ٧- الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو نظام مخالف للقانون أو الدستور. ٨- الطعون والمنازعات والمسائل التي تعتبر من اختصاص المحكمة بموجب أي قانون آخر. ٩- الدعاوى التي يقدمها الأفراد والهيئات بالغاء القرارات الادارية النهائية. ١٠- الطعن في أي قرار اداري نهائي حتى لو كان محصناً بالقانون الصادر بمقتضاه. ١١- الطعن في أي قرارات نهائية صادرة عن جهات ادارية ذات اختصاص قضائي فيما عدا القرارات الصادرة عن هيئات التوفيق والتحكيم في منازعات العمل- وتختص المحكمة في طلبات التعويض عن القرارات والاجراءات المنصوص عليها في الفقرة (أ) السابقة من هذه المادة سواء رفعت اليها بصفة أصلية أو تبعية. جـ- لا تختص محكمة العدل العليا بالنظر في الطلبات أو الطعون المتعلقة بأعمال السيادة.

ثالثاً: القانون المالي:

ويسمى أيضاً (التشريع المالي)، وهو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم إيرادات الدولة ومصروفاتها العامة وإجراء الموازنة بينهما. وكان إلى عهد قريب ملحقاً بالقانون الإداري، لأنه ينظم الجانب المالي من نشاط الإدارة ثم استقل عنه وأصبح فرعاً قائماً بذاته من فروع القانون العام الداخلي. ويتضح لنا من التعريف المذكور ان هذا القانون ينظم الموضوعات التالية:-

١- بيان الإيرادات العامة التي تأتي للدولة من مصادرها المختلفة وكيفية جبايتها، وأهمها الضرائب المباشرة وغير المباشرة، والرسوم على اختلاف أنواعها، وما تحصل عليه الدولة من واردات أملاكها الخاصة التي تستغلها كما يستغل الأشخاص أموالهم، والقروض العامة الداخلية والخارجية التي تقترضها الدولة من الداخل بسندات قرض داخلية أو من الخارج باتفاقيات دولية لسد العجز في ميزانيتها أو لغرض استغلال مرفق من المرافق العامة، والغرامات، والإصدار النقدي الجديد.

٢- بيان النفقات العامة للدولة وطرق وأوجه إنفاقها على المرافق العامة التي تقوم بتقديم الخدمات اللازمة لإشباع الحاجات العامة في الدولة، مثل الدفاع والصحة والتعليم والقضاء والمواصلات، والأمن ....إلخ. فضلاً عن الإنفاق على موظفيها وتحقيق الإصلاحات الاجتماعية والاقتصادية التي لا يمكن تحقيقها دون بذل المال.

٣- بيان القواعد التي تتبع في تحضير الموازنة العامة السنوية للدولة وفي تنفيذها والرقابة على هذا التنفيذ.

والمصدر الوحيد للقانون المالي هو التشريع. إذ لا يجوز فرض ضريبة أو رسم أو الإعفاء منهما إلا بنص القانون[1].

رابعاً: القانون الجنائي:

وهو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم حق العقاب وتحدد الأفعال والامتناعات المعاقب عليها والعقوبات المقررة لها نيابة عن المجتمع[2]. فهذا القانون وإن كان في الظاهر يتعلق بعلاقات تحصل بين الأشخاص (الجاني والمجنى عليه)، خاصة في

(١) أنظر الأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٢٥٣ والدكتور مالك دوهان الحسن -المرجع السابق- ص١٥٤ والأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق- ص١٩٦ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص ٦٦ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص٢١٦ والدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص٢٤.

(٢) أنظر الدكتورة واثبة داود السعدي -قانون العقوبات-القسم الخاص-بغداد/١٩٨٩- ص٢ ومؤلفنا -شرح قانون العقوبات العراقي- القسم العام- المرجع السابق- ص٨ ومؤلفنا -القوانين- شرح قانون العقوبات العسكري-المرجع السابق- ص٢

جريمة السرقة وجريمة القتل وجريمة هتك العرض، إلا أن أثر الجريمة يتعدى أطراف هذه العلاقة إلى مجموع الأشخاص في المجتمع ويترك أثراً سيئاً في الهيئة الاجتماعية وتؤدي إلى القلق والرعب وعدم الاستقرار في نفوس الجماعة. ولهذا يعد القانون الجنائي فرعاً من فروع القانون العام الداخلي ووسيلة لتدخل السلطة العامة في تحديد الأفعال والامتناعات التي تعتبر جريمة في حق الهيئة الاجتماعية ووضع العقاب لها. لأن كل اعتداء يقع على المال أو النفس في المجتمع وتصيب الشخص في ماله أو جسمه أو عرضه يصيب المجتمع بصورة غير مباشرة. وعلى ذلك تقوم الدولة بمباشرة حق العقاب نيابة عن الجماعة ودفاعاً عن كيان المجتمع لإعادة الثقة إلى النفوس بعد وقوع الجريمة. وهكذا صار حفظ النظام والسكينة العامة وحماية أرواح وأموال وأعراض الأشخاص في المجتمع من أهم واجبات الدولة في العصر الحديث ضمن نطاق حماية المجتمع بأسره.

فالسلطة العامة في الدولة هي التي تباشر الدعوى العمومية في حالة وقوع الجرائم وتسير فيها وتحاكم الجاني وتصدر الحكم عليه وتنفذ فيه العقوبة المحكوم بها استناداً إلى (الحق العام)، ولكن يوجد إلى جانب الجزاء الجنائي الذي يترتب على ارتكاب الجرائم، جزاء آخر مدني يقوم على أساس الحق الشخصي للمجنى عليه، ويقصد به التعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء الجريمة ويسمى (الحق الخاص). لأن المطالبة به أو التنازل عنه حق يعود للمجنى عليه أو ورثته. علماً ان التنازل عن الحق الخاص لا يمنع الاستمرار في الدعوى ومعاقبة الجاني بالعقوبة المقررة في القانون استناداً إلى الحق العام.

ويتضمن القانون الجنائي أيضاً قواعد إجراءات تبين اختصاص المحاكم الجنائية ودرجاتها وكيفية التحقيق مع المتهم واستجوابه وتوقيفه ومحاكمته وإصدار الحكم عليه وتنفيذ العقوبة فيه. فهو بذلك يتضمن نوعين من القواعد:النوع الأول يشمل القواعد الموضوعية المتعلقة بموضوع الجريمة وشخص المجرم ومقدار العقوبة، ويسمى(قانون العقوبات).

والنوع الثاني يشمل القواعد الشكلية المتعلقة بالإجراءات الأصولية الواجب اتخاذها منذ وقوع الجريمة والتحقيق فيها وإجراء المحاكمة وإصدار الحكم وطرق الطعن فيه، إلى تنفيذ العقوبة، ويسمى (قانون أصول المحاكمات الجزائية). وعليه لابد من شرح هذين النوعين بشيء من الإيجاز[1] وكالآتي:-

١- قانون العقوبات:

هو مجموعة القواعد القانونية الموضوعية المتعلقة بالجريمة والمجرم والعقوبة وتحدد

(١) أنظر مؤلفنا -شرح قانون العقوبات العراقي-القسم العام-المرجع السابق- ص ٨

الأفعال والامتناعات المعاقب عليها والعقوبات المقررة لها في حالة ارتكاب تلك الأفعال والامتناعات. وقانون العقوبات ينقسم بدوره إلى قسمين: -

أ- القسم العام: ويتضمن المبادئ العامة الواردة في قانون العقوبات والمتعلقة بالجريمة والمجرم والعقوبة وتسري على كل الجرائم والعقوبات والمجرمين بوجه عام دون التعرض لكل جريمة أو عقوبة معينة بالذات. مثل سريان القوانين الجزائية من حيث الزمان والمكان، والجريمة من حيث أنواعها (جنايات، جنح، مخالفات)[1] وأركانها العامة، وهي (الركن الشرعي)، ويعني وجود نص قانوني يحرم الفعل أو الامتناع عن الفعل ويعاقب عليه، لأن الأصل في القانون الجنائي أن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، و(الركن المادي) ويعني وجود سلوك ظاهري إجرامي ينطوي على القيام بفعل يحرمه القانون أو الامتناع عن فعل يأمر به القانون، و (الركن الأدبي أو المعنوي) ويعني توافر القصد الجنائي عند الفاعل. أي توافر قصد القيام بفعل أو امتناع عن فعل لدى الجاني مع علمه بأن ما يقوم به أو يمتنع عن القيام به محظور قانوناً .

وكذلك العقوبة من حيث أنواعها، وسقوط الأحكام الجزائية بالتقادم والشروع والاشتراك والاتفاق في الجرائم والفاعل الأصلي والمحرض في الجريمة والأعذار المحلة للقتل والمخففة للعقاب والأسباب المشددة للعقوبة والتكرار والعود ... إلخ.

ب-القسم الخاص: ويتضمن القواعد الخاصة بكل جريمة من الجرائم المختلفة على حدة وبيان أركانها وتحديد عقوباتها. وهذه الجرائم قد ترتكب ضد كيان الدولة مباشرة، مثل الجرائم المخلة بأمن الدولة الخارجي والداخلي، أو ضد أموالها، مثل جريمة اختلاس الأموال الحكومية وتزييف العملة، أو قد تقع على الأشخاص، مثل جريمة القتل والإيذاء والجرح والضرب المفضي إلى الموت والاغتصاب، أو قد تقع على أموالهم، مثل جريمة السرقة وخيانة الأمانة والنصب والاحتيال، أو قد تقع على الشرف والاعتبار، مثل جريمة السب والقذف، أو قد تقع على الآداب العامة، مثل

---

(١) الجناية هي الجريمة المعاقب عليها بالاعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة أو الاعتقال المؤبد أو الأشغال الشاقة المؤقتة أو الاعتقال المؤقت، والجنحة هي الجريمة المعاقب عليها بالحبس أو بالغرامة أو بالربط بكفالة، والمخالفة يعاقب عليها بالحبس التكديري أو بالغرامة (م١٤ و١٥ و١٦) من قانون العقوبات الأردني.

وعقوبة الاعدام هي شنق المحكوم عليه المدني واطلاق الرصاص عليه ان كان عسكرياً. وعقوبة الأشغال الشاقة الموقتة والاعتقال المؤقت هي من ثلاث سنوات إلى ١٥ سنة، وعقوبة الحبس في الجنح هي من أسبوع واحد إلى ثلاث سنوات وعقوبة الغرامة هي إلزام المحكوم عليه بان يدفع إلى الخزينة المبلغ الذي يتراوح بين خمسة دنانير ومائتي دينار وعقوبة الحبس التكديرية تتراوح بين أربع وعشرين ساعة إلى أسبوع حبس وتتراوح الغرامة التكديرية بين نصف دينار وخمسة دنانير.

جريمة التحريض على الفسق والفجور أو على العرض، مثل جريمة هتك العرض والزنى ... إلخ. والمصدر الوحيد لقانون العقوبات هو التشريع، لأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص.

٢- قانون اصول المحاكمات الجزائية:

وهو عبارة عن مجموعة القواعد القانونية الشكلية التي تنظم القضاء الجنائي واختصاصه ودرجاته، والنيابة العامة واختصاصها، وتبين الإجراءات الواجب اتخاذها منذ وقوع الجريمة لغاية الكشف عنها وجمع أدلتها والوصول إلى مرتكبها والقبض عليه والتحقيق معه وإحالته إلى المحكمة المختصة وكيفية سير الدعوى الجنائية أمام المحكمة وإصدار الحكم وطرق الطعن في الحكم الصادر من المحكمة استئنافاً وتمييزاً وكيفية تنفيذ العقوبة. فقواعد هذا القانون شكلية تهتم بسير الدعوى لا بموضوعها ولا بمقدار العقوبة.

علماً ان المشرع عندما يشرع قواعد هذا القانون يحاول التوفيق بين مصلحة المجتمع ومصلحة الفرد. فمصلحة المجتمع تقتضي سرعة اتخاذ الإجراءات وإصدار الحكم وتنفيذه عند وقوع الجريمة حتى يؤثر ذلك في إصلاح المجرم وردع الغير وتهدئة خواطر الجماعة، في الوقت الذي تقتضي مصلحة الفرد مراعاة القواعد الدستورية، وأن لايعتبر مجرماً حتى تثبت إدانته، وأن يحافظ القانون على مصالحه المشروعة، بعدم الاستعجال في الإجراءات حتى لا يذهب حقه أو حياته في محاكمة سريعة غير دقيقة. لأنه يستحيل تعويض الجاني عن عقوبة الإعدام بعد تنفيذها إذا ما ثبت عدم صحة الإسناد الجنائي في حق الجاني مثلاً[1]. ولهذا فإن هذا القانون يوفر الضمانات الكافية للمتهم، ويحافظ على حقوق الجماعة في نفس الوقت. والمصدر الوحيد لقانون أصول المحاكمات الجزائية هو التشريع.

المطلب الثاني

قسم القانون الخاص وفروعه

بينا فيما سبق ان القانون الخاص هو مجموعة القواعد القانونية التي تحكم العلاقات في المجتمع بين الأشخاص أنفسهم أو بينهم وبين الدولة لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، وإنما بوصفها شخصاً عادياً. فالدولة تدخل في العلاقات التي يحكمها القانون الخاص بعد أن تتجرد من صفة صاحبة السيادة والسلطة العامة وتنزل إلى مرتبة شخص عادي، سواء أكان الطرف الآخر في العلاقة من الأشخاص الحكمية أم من الأشخاص الطبيعية.

---

(١) أنظر الدكتور عبد الرحيم صدقي، العقوبة على ضوء العلم الحديث في الفكر المصري والمقارن -الطبعة الأولى-دار المعارف/١٩٨٦ -ص١٩٦.

والعلاقات التي يحكمها القانون الخاص تعد من صميم الحياة في المجتمع، لأنها تخص روابط الأحوال المالية والعائلية للأشخاص، والروابط بين الأشخاص والدولة بوصفها شخصاً عادياً يقوم بأعمال عادية كالتي يقوم بها الأشخاص، مثل البيع والشراء والإيجار والاستئجار... إلخ.

فقواعد القانون الخاص تطبق على الدولة وعلى الأشخاص في دعاوى تنظرها محاكم مدنية ويتساوى فيها المركز القانوني للدولة مع المركز القانوني للأشخاص في اكتساب الحقوق والتصرف فيها دون أن يكون لمركز الدولة القانوني أي علو على المركز القانوني للأشخاص.

وفي بعض الدول، مثل الأردن والعراق يعد القانون المدني هو أساس القانون الخاص، وتوجد إلى جانبه ثمة فروع أخرى تفرعت عنه لتحكم علاقات وموضوعات معينة ظهرت الحاجة إلى وضع قواعد خاصة بها غير قواعد القانون المدني نظراً لاتصالها بمهنة معينة أو بنشاط معين، مثل القانون التجاري والقانون الدولي الخاص وقانون العمل وقانون أصول المحاكمات المدنية.

والقانون الخاص بدوره يتضمن قواعد شكلية تتعلق بالإجراءات الواجب اتباعها عند المطالبة بالحقوق في نطاق فروع القانون الخاص أمام المحاكم المدنية منذ رفع الدعوى إلى صدورالحكم فيها وتنفيذ القرار، تسمى (قانون أصول المحاكمات المدنية). وعلى ذلك تعد القوانين الآتية من فروع قسم القانون الخاص:

١- القانون المدني .

٢- القانون التجاري.

٣- القانون الدولي الخاص .

٤- قانون أصول المحاكمات المدنية.

٥- قانون العمل .

الفرع الأول

القانون المدني

القانون المدني عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم الروابط الخاصة في الأحوال الشخصية والمعاملات المالية بين الأشخاص أنفسهم، وبينهم وبين الدولة بوصفها شخصاً عادياً في المجمع عدا ما يتناوله بالتنظيم أي فرع آخر من فروع القانون الخاص،

ولهذا فإنه يُعد (الشريعة الأصلية أو الغالبة في الدولة).

ويعدّ القانون المدني من أقدم فروع القانون، لأن علاقات الأشخاص قديماً كانت تخضع لقانون واحد، هو القانون المدني بغض النظر عن طبيعة تلك العلاقات. إلا أنه نتيجة لتطور العلاقات الاجتماعية والاقتصادية وتنوع المعاملات، ظهر أن بعضاً من الروابط يتطلب نوعاً خاصاً من الأحكام القانونية لما لطبيعة تلك الروابط من خصوصية واتصال بنوع معين من النشاط أو بمهنة معينة، أو لتميزها بخصائص معينة استدعت مع الزمن فصلها عن أصلها والاعتراف بكيان خاص لها، وهكذا انفصلت عدة موضوعات عن القانون المدني في دول كثيرة واستقرت كفروع مستقلة للقانون الخاص، مثل القانون التجاري وقانون أصول المحاكمات المدنية وقانون العمل ... إلخ.

فلا غرابة إذن أن يعد القانون المدني هو القانون الخاص نفسه ناقصاً الفروع التي تفرعت عنه واستقلت بمرور الزمن. فهو الأصل العام وعماد وأم وأس فروع القانون الخاص، والقول بذلك يؤدي إلى ترتب النتائج القانونية الهامة التالية [1]:

١- يرجع عادة إلى أحكام القانون المدني في المسائل التي تسكت عنها فروع القانون الخاص. فإذا لم يعثر القاضي في فرع من فروع القانون الخاص على حكم يحسم به النزاع المعروض عليه، لا بد من رجوعه إلى القانون المدني ليتلمس فيه الحكم اللازم لحسم هذا النزاع بشرط عدم تعارض الحكم الذي يعثر عليه فيه مع طبيعة أحكام الفرع الذي رجع إليه ولم يجد فيه الحكم اللازم للنزاع. ولذلك نجد ان المادة (٢) من قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ تنص على أنه: (١- إذا انتفى النص في هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني ٢- على أن تطبيق هذه الأحكام لا يكون إلا على نسبة اتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري).

٢- يشتمل القانون المدني على مبادئ وأحكام عامة ترد في الباب التمهيدي منه تنطبق على سائر فروع القانون الخاص، مثل أحكام سريان القانون من حيث الزمان والمكان والأشخاص، والأشياء والأموال والحقوق والأهلية والأشخاص الحكمية ...إلخ.

٣- إذا كانت هناك قلة من القواعد القانونية المتعلقة بفرع معين من فروع القانون الخاص لا تدعو الحاجة إلى تجميعها وتقنينها في مجموعة مستقلة قائمة بذاتها، يتم وضعها عادة في القانون المدني ليحتضنها إلى حين، كما هو الوضع بالنسبة لقواعد تنازع

---

(١) أنظر الدكتور محمد علي إمام -المرجع السابق- ص٧٨ والأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق- ص١٩٨ والدكتور مالك دوهان الحسن -المرجع السابق- ص١٦٦.

القوانين التي هي في الأصل من القواعد الأساسية للقانون الدولي الخاص، بينما هي موجودة حالياً في القانون المدني"[1].

موضوعات القانون المدني:

لدى التمعن في تعريف القانون المدني نجد ان قواعده تنظم الروابط بين الأشخاص في المجتمع، سواء أكانت هذه الروابط عائلية أم مالية بصرف النظر عن المهنة التي ينتمون إليها، وكالآتي:

أ- روابط الأحوال الشخصية:

وهي مجموعة عناصر تتعلق بالحالة المدنية والشخصية لكل إنسان وصفات خاصة يتميز بها عن غيره، كالأهلية والسن والذكورة والأنوثة والدين والاسم ... إلخ والتي تسمى بـ(الحالة المدنية)، وعلاقته بأفراد أسرته منذ ولادته حتى وفاته والتي تسمى بـ (الأحوال الشخصية)، كالزواج والطلاق وما يترتب عليهما من حقوق وواجبات بين الزوجين والنسب وما يترتب عليه من حقوق وواجبات بين الآباء والأبناء من نفقة وحضانة، وميراث وولاية ووصاية وقوامة ... إلخ.

وتعتبر القواعد القانونية المتعلقة بالأحوال الشخصية من النظام العام لاتصالها بالأسرة التي هي خلية المجتمع[2]. وإذا كانت الأحوال الشخصية ما تزال تعد من موضوعات القانون المدني في أغلب الدول مثل فرنسا وسويسرا وتركيا، إلا أنها خرجت من نطاق هذا القانون في الدول العربية التي أصدرت لتنظيمها تشريعات خاصة استمدت من أحكام الشريعة الإسلامية لاعتبارات دينية، مثل الأردن والعراق ومصر وسوريا. فالقانون المدني الأردني لا ينظم مسائل الأحوال الشخصية، بل ينظم الروابط المالية فقط، بينما روابط الأحوال الشخصية ينظمها قانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦، وهو قانون مستقل عن القانون المدني وأحكامه مستمدة من مبادئ الشريعة الإسلامية ويطبق على المسلمين في أحوالهم الشخصية. أما مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلم، فتحكمها قواعد شريعته الخاصة.

ومع ذلك فإن القانون المدني الأردني ظل محتوياً على حكم بعض المسائل المتعلقة

(١) أنظر المواد (١١-٢٩) من القانون المدني الأردني.

(٢) تنص الفقرة (٢) من المادة (١٦٣) من القانون المدني الأردني على ما يلي: (ويعتبر من النظام العام بوجه خاص الاحكام المتعلقة بالاحوال الشخصية كالأهلية والميراث ....إلخ).

بالأحوال الشخصية، مثل الأهلية والقرابة ودرجاتها، وخصائص الشخص ... إلخ[١].

٢- *روابط الأحوال المالية:*

وهي الروابط المتعلقة بالمعاملات المالية التي تنشأ بين أفراد المجتمع في النشاط المالي، وتسمى (الأحوال المالية)، مثل الأموال وأنواعها والحقوق التي ترد عليها، كالحقوق العينية والحقوق الشخصية وطرق اكتسابها وكيفية انتقالها وأسباب انقضائها وسلطة صاحبها عليها. أي كل ما يترتب على الالتزامات التي تتم بين الأشخاص على اختلاف أنواعها. وأغلب قواعد المعاملات المالية لا يعتبر في الأصل من النظام العام، بل من القواعد المكملة أو المفسرة التي يجوز للأشخاص الاتفاق على ما يخالفها.

مصادر القانون المدني الأردني:

تم تشريع القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م ونشر في الجريدة الرسمية كقانون مؤقت بتأريخ ١٩٧٦/٨/١ وبدأ نفاذه في ١٩٧٧/١/١ وحل محل مجلة الأحكام العدلية التي بقيت نافذة في المنطقة مدة تزيد على ثلاثة أرباع القرن[٢]. والقانون المدني الأردني يعتبر محاولة جدية للتوفيق والتنسيق بين أحكام الفقه الإسلامي والفقه الغربي. ولذلك تعد أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية والقوانين الغربية وخاصة القانون المدني الفرنسي من أهم مصادره التاريخية لأن معظم ما أخذه القانون المدني الأردني من أحكام القانون المدني الفرنسي استقاها المشرع من القانون المدني المصري. وبناء على ذلك فإن المصادر الرسمية الأصلية والاحتياطية والتفسيرية له هي كما نص عليها المشرع في المادة (٢) منه كالآتي:

أولاً- المصادر الرسمية:

١- التشريع .

٢- أحكام الفقه الإسلامي .

---

(١) راجع في ذلك على سبيل المثال المواد (٣٠، ٣٤، ٣٥، ٣٦، ٣٧، ٣٨، ٤٠، ٤١، ٤٢، ٤٣، ٤٤، ٤٥، ٤٦) من القانون المدني الأردني.

(٢) حرصت الدولة العثمانية على إبقاء الشريعة الاسلامية مصدراً وحيداً للقانون المدني، مع محاولتها اسباغ حلة جديدة عليه، ولذلك الفت لجنة من فضلاء فقهاء الامبراطورية وكبار موظفيها أناطت بها مهمة صياغة الأحكام الفقهية وجعلها على غرار مواد القوانين المدنية، وبعد جهد وضعت اللجنة أحكام مجلة الأحكام العدلية في ستة عشر باباً مع مقدمة، شملت مائة مادة، وكانت المادة الأولى تعريفاً للفقه، وأما المواد الباقية، أي الـ(٩٩) فهي التي صارت تعرف بالمواد الكلية، وقد جمعت اللجنة في هذه المواد الكلية بعض القواعد الأصولية والمبادئ القانونية الاساسية المتعلقة بالإثبات والتفسير. وكانت الروابط المالية (المعاملات) والإثبات وأصول المرافعات المدنية والعمل وغيرها محكومة بأحكام هذه المجلة التي ورثتها المملكة الأردنية الهاشمية وبقيت سارية فيها إلى أن حل محلها القانون المدني الأردني المؤقت رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م في١٩٧٧/١/١ . ثم اعتبر قانوناً دائماً برقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ بعد اقراره من قبل مجلس الأمة ونشره في العدد ٤١٠٦ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٩٩٦/٣/١٦م.

٣- مبادئ الشريعة الإسلامية .

٤- العرف .

٥- قواعد العدالة.

ثانياً- المصادر التفسيرية:

١- القضاء

٢- الفقه.

الفرع الثاني
القانون التجاري

القانون التجاري عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الناشئة عن الأعمال التجارية بين طائفة معينة من الأشخاص في المجتمع بصفتهم تجاراً، سواء أكانت هذه الأعمال التجارية برية أم بحرية أم جوية. فهو يحكم نشاط طائفة معينة من الأشخاص هم التجار وطائفة معينة من الروابط هي الروابط المالية الناشئة عن الأعمال التجارية.

وقد كانت قواعد القانون التجاري موجودة إلى عهد قريب ضمن أحكام القانون المدني في أغلب الدول، وكان التجار يخضعون في أعمالهم التجارية للقواعد المالية التي يخضع لها سائر أفراد المجتمع، ثم تفرعت قواعد القانون التجاري عن القانون المدني لتصبح فرعاً مستقلاً قائماً بذاته من فروع القانون الخاص في أغلب الدول.

ورغم أن قواعد القانون التجاري ليست إلا قواعد معاملات مالية، إلا أنها تعد خروجاً على قواعد المعاملات المالية في القانون المدني لعدة أسباب تفرضها طبيعة الأعمال التجارية وهي:

١- إن ازدهار التجارة وزيادة الأعمال التجارية واتساع نطاقها بين الأشخاص والأمم، والحاجة إلى تنميتها وتطويرها، واعتماد التجارة أصلاً على التبسيط والسرعة والتنويع والتغيير في إنجاز المعاملات التجارية، فرض تفرع قواعد القانون التجاري عن القانون المدني لتكون قانوناً خاصاً يؤمن السرعة والتبسيط المطلوبين في إنجاز المعاملات التجارية، على خلاف المعاملات المدنية الأخرى التي هي في الغالب تخضع لاجراءات معقدة وبطيئة لا تلائم طبيعة الأعمال التجارية. فإذا طبقت هذه الاجراءات المعقدة

البطيئة على المعاملات التجارية، فإنها تسبب تلكؤ التجارة وتحقق الخسارة[1].

٢- تعتمد المعاملات التجارية بالدرجة الأولى على الثقة والائتمان. فالتاجر لا يتعاطى الأعمال التجارية عادة في حدود رأس ماله فحسب، بل قد يتجاوز ذلك إلى البيع والشراء بالنسيئة على أساس الثقة المتبادلة بين التجار، أو بالاقتراض من المصارف استناداً إلى هذه الثقة، عكس المعاملات المدنية.

فالثقة بالتاجر هي أساس المعاملات التجارية، ومن نتائج هذه الثقة افتراض التضامن بين المدينين التجاريين في حالة تعددهم. إذ يستطيع الدائن مطالبة أي واحد منهم بكل دينه وليس بحصته فقط والحصول على دينه من أي واحد منهم إذا لم يقم الآخرون بالوفاء[2] بخلاف ما هو الأمر في المعاملات المدنية من عدم افتراض هذا التضامن بين المدينين في حالة تعددهم ما لم يوجد اتفاق خاص أو نص في القانون يقضي بذلك[3].

٣- في المعاملات المدنية لا يجوز الإثبات بالبينة الشخصية(الشهادة) إذا تجاوزت قيمة الالتزام التعاقدي عشرة دنانير ما لم يوجد دليل كتابي،بينما يجوز ذلك في المعاملات التجارية مهما بلغت قيمة الالتزام المراد إثباته[4]، استناداً إلى مبدأ حرية الإثبات في القانون التجاري[5].

٤- تنفرد التجارة بأنظمة خاصة كالمصافق (البورصات) والمصارف والمستودعات العامة، ولا شك ان هذه الأنظمة تحتاج إلى قواعد قانونية خاصة تختلف عن القواعد الواردة في

---

(١) أنظر الدكتور أكرم ياملكي -الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي-الجزء الأول-بغداد/١٩٦٨- ص١٢ وعبد العزيز النعيم - مبادئ القانون - مسحوبة بالرونيو - الرياض سنة ١٩٦٩ من ٣٤ والدكتور حسن الخطيب - مبادئ القانون التجاري- مطبعة حداد-البصرة/١٩٦٧-ص٤٦ والدكتور صلاح الدين الناهي -الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي-الجزء الأول. الطبعة الثالثة-بغداد/١٩٥٣-ص١٩ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق-ص٧٨ والدكتور نوري جميل طالباني -القانون التجاري-الجزء الأول-النظرية العامة-الطبعة الثانية-مطبعة أوفست الحديثي-بغداد/١٩٧٩-ص٤.

(٢) أنظر الأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق-- ص٢٠١ والدكتور حسن الخطيب - المرجع السابق- ص٢٦٧.

(٣) تنص المادة (٤٢٦) من القانون المدني الأردني على أن: (لا يكون التضامن بين المدينين إلا باتفاق أو بنص في القانون).

(٤) تنص المادة (٢٨) من قانون البينات الأردني على أن: (في الالتزامات التعاقدية تراعى في جواز الإثبات بالشهادة وعدم جوازه في الأحكام الآتية: (١- إذا كان الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية تزيد قيمته على عشرة دنانير أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. أما في الالتزامات التجارية إطلاقاً وفي الالتزامات المدنية التي لا تزيد قيمتها على عشرة دنانير فيجوز الإثبات بالشهادة).

(٥) أنظر الدكتور حسن الخطيب -مبادئ أصول القانون-المرجع السابق-ص٢٦٦ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق-ص٧٨ والأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق-ص٢٦٤ والدكتور صلاح الدين الناهي -المرجع السابق ص١٩ والدكتور أكرم ياملكي -المصدر السابق-ص١٢

القانون المدني[1].

٥- بالنسبة إلى الوفاء بالدين التجاري، إن الأصل فيه هو الدفع الفوري إذا حل أجله مالم يكن مؤجل أصلاً بالاتفاق. بينما في العلاقات المدنية إذا حل أجل الدين يجوز للمحكمة أن تمنح المدين أجلاً جديداً للوفاء به إذا دعت الضرورة ولم يوجد مانع من ذلك[2] ، في حين لا يجوز للمحكمة منح هذا الأجل في الديون التجارية. لأن الثقة في المعاملات التجارية تستلزم الوفاء بالدين في ميعاده حتى يستطيع التاجر أن يستمر في أعماله التجارية دون توقف وفقاً لخططه المرسومة لتلك الأعمال[3].

٦- بما أن طبيعة الأعمال التجارية تتطلب السرعة في اجرائها ولا تقبل البطء الموجود في الاجراءات المدنية، فإن القانون التجاري يسهل حوالة الحقوق الثابتة في الأوراق التجارية مثل (سند السحب) في مواجهة الجميع، فيتم تداولها بمجرد التظهير بالتوقيع على هذه الأوراق بما يفيد الحوالة[4]، في حين لا يجيز القانون المدني نفاذ حوالة الحق في مواجهة المدين أو في حق الغير إلا برضا المحيل والمحال عليه والمحال له.

٧- إن مفهوم الإعسار في القانون المدني يختلف عن مفهوم الإفلاس في القانون التجاري. فالمعسر في القانون المدني هو كل من تساوي الديون التي عليه أو تزيد على ما يملكه من أموال وحقوق مالية[5]. بينما المفلس في القانون التجاري هو كل تاجر يتوقف عن دفع أي دين عليه مستحق الأداء بعد اخطاره بطريقة معينة بصرف النظر عما يملكه من أموال وحقوق مالية. ولهذا يحرص القانون التجاري على أحكام الإفلاس واجراءات تصفية موجودات التاجر المفلس وبيان كيفية قيام وكيل الدائنين (السنديك) بإدارة أمواله لحين تقسيمها على الدائنين قسمة الفرماء. وهذا بطبيعة الحال يعني لزوم

---

(١) أنظر الدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق-ص٢٦٨.

(٢) تنص المادة (٣٣٤) من القانون المدني الأردني على أن: (١- يجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين ما لم يوجد إتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ٢- على أنه للمحكمة في حالات استثنائية إذا لم يمنعها نص في القانون أن تنظر المدين إلى أجل معقول أو آجال ينفذ فيها التزامه إذا استدعت حالته ذلك ولم يلحق الدائن من هذا التأجيل ضرر جسيم).

(٣) أنظر الدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق-ص٧٩ والدكتور حسن الخطيب -مبادئ القانون التجاري-المرجع السابق-ص٥٣ والأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق-ص٢٦٣.

(٤) أنظر الأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٢٦٤ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٨٧.

(٥) تنص المادة (٣٧٥) من القانون المدني الأردني على أن: (يجوز الحجز على المدين إذا زادت ديونه الحالة على ماله).

وضع قواعد خاصة متميزة عن أحكام الإعسار في القانون المدني[1].

فكل ذلك اقتضى ضرورة إخضاع المعاملات التجارية لقواعد خاصة مستقلة عن القواعد القانونية الموجودة في القانون المدني. غير ان ذلك لا يعني انقطاع الصلة بين القانون المدني والقانون التجاري، فإذا لم توجد في القانون التجاري قاعدة تحكم مسألة تجارية معينة، ترتد الولاية في شأنها إلى القانون المدني بوصفه عماداً وأصلاً لفروع القانون الخاص[2].

كما ان القانون التجاري كثيراً ما يحيل حكم بعض المسائل التجارية إلى القانون المدني،[3] ولذلك يعد الفصل بين القانون المدني والقانون التجاري صورياً لا يقره الواقع[4].

موضوعات القانون التجاري :

ينظم القانون التجاري الموضوعات الآتية:

١- التاجر وشروط اعتبار الشخص تاجراً، سواء أكان هذا الشخص طبيعياً أم معنوياً، وواجبات التاجر، مثل مسك الدفاتر التجارية الإلزامية والقيد في السجل التجاري لدى غرفة التجارة واتخاذ المحل التجاري والعلامة التجارية وعدم مزاحمة غيره من التجار مزاحمة غير مشروعة.

٢- الأعمال التجارية وشروط اعتبار العمل تجارياً، سواء أكان برياً أم بحرياً أم جوياً، وطرق الإثبات في المسائل التجارية.

٣- العقود التجارية بوصفها مظهراً من مظاهر النشاط التجاري وأحكامها العامة

---

(١) أنظر الدكتور توفيق حسن فرج -المرجع السابق- ص٣٩ والدكتور حسن الخطيب -مبادئ أصول القانون- المرجع السابق- ص٢٦٧ ومؤلفه-مبادئ القانون التجاري-المرجع السابق- ص٤٦ والأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٢٦٤ والدكتور أكرم ياملكي -المرجع السابق- ص١٤.

(٢) تنص المادة (٣) من قانون الشركات الأردني رقم٢٢ لسنة ١٩٩٧ على أن: (تسري أحكام هذا القانون على الشركات التي تمارس الأعمال التجارية وعلى المسائل التي تناولتها نصوصه، فإذا لم يكن فيها ما ينطبق على أي مسألة من تلك المسائل، فيرجع فيها إلى قانون التجارة، فإن لم يوجد فيه فيرجع فيها إلى القانون المدني، فإن لم يوجد فيطبق بشأنها العرف التجاري وإلا فللقاضي أن يسترشد بالاجتهاد القضائي والفقهي وقواعد العدالة).

وتنص الفقرة الأولى من المادة (٢) من قانون التجارة الاردني على أنه: (١- إذا انتفى النص في هذا القانون تطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني ٢- على أن تطبيق هذه الأحكام لا يكون إلا على نسبة إتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري).

(٣) من ذلك المادة (١٥) من قانون التجارة الأردني التي تنص على ان (تخضع الأهلية التجارية لأحكام القانون المدني).

(٤) أنظر الدكتور حسن جاد -شرح القانون التجاري- ١٩٦٤- ص٢٦ والدكتور صلاح الدين الناهي -المرجع السابق- ص١٨ والدكتور أكرم ياملكي -المرجع السابق- ص١٢ وعبد العزيز النعيم -المرجع السابق- ص٢٧ و

Dr. Yasar Karayalcin, Ticaret Hukuku Dersleri. ikinci Baski. Ankara/1960. sf.23.

وانعقادها وتفسيرها ونفاذها، مثل الرهن والبيع والقرض التجاري والايداع في المستودعات العامة، والحساب الجاري، والتوفير، والعمليات المصرفية (وديعة النقود - إجارة الخزائن - النقل المصرفي - الاعتماد بالسحب على المكشوف-الاعتماد المستندي- الخصم وخطاب الضمان).

٤- الشركات التجارية وتكوينها ونشاطها وتصفيتها وأنواعها، مثل شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة والشركة المساهمة العامة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التوصية بالأسهم.

٥- عقد النقل التجاري البري والبحري والجوي والوكالة بالعمولة.

٦- الأسهم والأوراق التجارية وأنواعها المختلفة مثل سند السحب (السفتجة) وسند الأمر (الكمبيالة) والشيك.

٧- الإفلاس التجاري وشروطه وإجراءاته ومن له حق طلب إشهار الإفلاس وآثار الإفلاس وكيفية تصفية أموال التاجر المفلس واستيفاء حقوق الدائنين منها وإمكان الصلح بين هؤلاء الدائنين وبين التاجر المفلس[١].

اقسام القانون التجاري:

تنقسم قواعد القانون التجاري إلى ثلاثة أقسام رئيسة هي:-

اولاً- قواعد التجارة البريـة: وتعد هذه القواعد القسم الرئيس في قانون التجارة وتسري على التجارة البرية.

ثانياً- قواعد التجارة البحرية: وهي القواعد التي تنظم التجارة البحرية وكانت ملحقة بقانون التجارة، إلا أنها انفصلت عنه منذ عهد قريب في بعض الدول مكونة (القانون البحري) بسبب كبر قيمة السفينة إلى درجة غير معهودة وتعرضها لأخطار بحرية جسيمة، وبُعدها أثناء استغلالها في أكثر الأوقات عن رقابة وإشراف وسيطرة مالكها.

فالقانون البحري يحكم النظام القانوني للسفينة بصورة عامة، مثل طبيعتها القانونية، وتعريفها، وجنسيتها، وتسجيلها، وموقعها بين الأموال، والحقوق التي يمكن أن ترد عليها، وبيعها وشرائها ورهنها والحجز عليها وعلاقة مالكها بربانها وطاقمها، وعقود النقل البحري، مثل عقد الشحن البحري وعقد التأمين البحري وإعادة التأمين ضد المخاطر التي قد تتعرض لها السفينة أو حمولتها، والحوادث التي تتعرض لها في البحر،

---

(١) أنظر الدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص٢٦٥ والأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير-المرجع السابق- ص٢٠٢.

كالتصادم البحري والمساعدة والإنقاذ والخسائر البحرية ومسؤولية الناقل البحري... إلخ[1].

ثالثاً - قواعد التجارة الجوية: وهي القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بالتجارة الجوية وبصورة خاصة الطائرة وملكيتها وجنسيتها وتسجيلها وعقد النقل الجوي ومسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تصيب الركاب أو البضائع المنقولة جواً، إلى غير ذلك من مسائل التجارة الجوية.

وانتظام القواعد المتعلقة بالتجارة الجوية حديث، ومصدر معظم هذه القواعد هو الاتفاقيات الدولية في شأن الملاحة الجوية، مثل اتفاقية طوكيو واتفاقية مونتريال للطيران. إذ أن التطور الحديث للتجارة الدولية اتجه نحو النقل الجوي بعد الحرب العالمية الثانية، مما أدى ذلك إلى الاهتمام بوضع بعض القواعد القانونية التي تحكم التجارة الجوية بالإضافة إلى الاتفاقيات الدولية [2].

مصادر القانون التجاري:

مما لا شك فيه أن للعرف والعادة الدور الأكبر في إنتاج قواعد القانون التجاري، لأن الكثير من قواعده يقوم على العرف الثابت والعادة الجارية بين التجار حتى ذهب بعض الشراح إلى القول بأن للعرف التجاري قوة إلغاء النص التشريعي غير المتعلق بقاعدة آمرة عند تعارضهما خلافاً للعرف المدني الذي لا يستطيع إلغاء التشريع، ولكن المشرع الأردني قد حدد في المادة (٢) من قانون التجارة الأردني مصادر هذا القانون بالترتيب التالي: (١- إذا انتفى النص في هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني ٢- على أن تطبيق هذه الأحكام لا يكون إلا على نسبة اتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري ٣- إذا لم يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه، فللقاضي أن يسترشد بالسوابق القضائية واجتهاد الفقهاء وبمقتضيات الإنصاف والعرف التجاري). وإننا نعتقد بأن المشرع الأردني لم يكن موفقاً في ترتيب المصادر الرسمية للقانون التجاري موضوعاً وصياغة.

الفرع الثالث

قانون أصول المحاكمات المدنية

من المبادئ الأساسية المستقرة التي تحكم العلاقات بين الأشخاص في المجتمعات

---

(١) أنظر الدكتور ثروت علي عبد الرحيم -القانون البحري العراقي- الجزء الأول-مطبعة حداد-البصرة/١٩٦٩- ص٨ والدكتور حسن كيرة - المرجع السابق- ص٩٢ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٧٩ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص٢٢٦ والأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٢٦٦ وعبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه -المرجع السابق- ص١٧٤.

(٢) أنظر الدكتور صلاح الدين الناهي -المرجع السابق- ص٢٠ والدكتور أكرم ياملكي -المرجع السابق-ص٤٤ والدكتور حسن الخطيب -مبادئ القانون التجاري-المرجع السابق- ص٥٢ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٨٠.

الحديثة، مبدأ عدم جواز إقدام الشخص على أخذ حقه بيده إذا ما قرر القانون له حقاً ونازعه فيه شخص آخر وإلا يعاقب[١]، عكس ما كان عليه الأمر في المجتمعات القديمة. إذ عليه اللجوء إلى السلطة العامة التي تتولى حماية حقوق الأشخاص وفقاً للقوانين و أن يسلك السبيل المعين الذي يرسمه القانون، وهذا يتطلب وجود قواعد قانونية تبين الاجراءآت التي على الأشخاص سلوكها عندما يستعينون بالسلطة العامة في حل منازعاتهم لتحقيق هذه الغاية. فقانون أصول المحاكمات المدنية[٢] عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي ترشد الأشخاص إلى كيفية التقاضي والوصول بهم إلى حقوقهم المعتدى عليها. إذ ينظم هذا القانون القضاء و إجراءات التقاضي. فهو قانون شكلي ينظم إجراءات سير العدالة ولا يمس أصل الدعوى، لأنه يبين المحكمة المختصة وكيفية رفع الدعوى إليها وإجراء التبليغ وجريان المرافعة وطرق الإثبات وأنواع البينات واجراءآت تقديمها والاستعانة بالخبراء وإصدار الحكم وطرق الطعن في الحكم الصادر من المحكمة وكيفية اكتسابه درجة البتات. أي أن قواعد هذا القانون تهتم بسير الدعوى من يوم إقامتها إلى صدور الحكم فيها دون موضوعها. فقواعده لا تتعرض لأصل الحق في الدعوى وبيان ما يكون للشخص من حقوق وما سيكون عليه من التزامات، وإنما تقتصر وظيفتها على بيان الاجراءات التي يجب مراعاتها لحصول كل ذي حق على حقه إذا ما نوزع فيه. فمهمة قانون أصول المحاكمات المدنية بالنسبة لفروع القانون الخاص هي نفس مهمة قانون أصول المحاكمات الجزائية بالنسبة للقانون الجنائي. لأن قواعده شكلية تحدد الاجراءآت الواجب اتخاذها لحماية الحق وأداء الواجب[٣].

والأصل أن القواعد المتعلقة بالتنفيذ تدمج عادة في قانون أصول المحاكمات المدنية، إلا أن المشرع الأردني أدرج أحكام التنفيذ في قانون خاص هو (قانون الإجراء رقم ٣١ لسنة ١٩٥٢) ولم يدمجها في قانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨. علماً ان المصدر الوحيد لقانون أصول المحاكمات المدنية هو التشريع.

---

(١) تنص المادة ٢٣٣ من قانون العقوبات الأردني على أن: (من استوفى حقه بنفسه وهو قادر على أن يراجع في الحال السلطة ذات الصلاحية عوقب بغرامة لا تتجاوز عشرة دنانير).

(٢) يسمى هذا القانون في العراق ومصر (قانون أصول المرافعات المدنية).

(٣) أنظر الدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٨٥ والدكتور مالك دوهان الحسن -المرجع السابق- ص١١٢ وعبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه -المرجع السابق- ص١٧٤ وما بعدها والدكتور حسن الخطيب -مبادئ أصول القانون-المرجع السابق- ص٢٧٩ وما بعدها والدكتور سعدون القشطيني -شرح أحكام المرافعات. الجزء الأول، الطبعة الثالثة-بغداد/١٩٧٩ ص١١ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص٢٢٧.

الفرع الرابع

القانون الدولي الخاص

القانون الدولي الخاص عبارة عن مجموعة القواعد القانونية التي تعين المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي، وتنظم الجنسية والموطن والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية.

ونشأة القانون الدولي الخاص حديثة نسبياً إذا ما قيست بنشأة باقي فروع القانون. إذ أن مفهومه لم يتبلور إلا بعد الثورة الفرنسية، لأنه لم تتهيأ الظروف لقيامه قديماً بسبب شدة تمسك الدول بمبدأ السيادة وإقليمية القانون.[1]

ومن أهم خصائص قواعده انها لا توجد في تقنين واحد مستقل بل متوزعة بين القانون المدني والقانون التجاري وقانون تنفيذ الأحكام الأجنبية وقانون أصول المحاكمات المدنية وقانون الجنسية وقانون إقامة الأجانب....إلخ. وذلك لأن هذه القواعد لم تبلغ الكثرة إلى حد يستوجب تجميعها في مجموعة واحدة مستقلة. فمثلاً قواعده المتعلقة بتنازع القوانين موجودة في المواد من (١١-٢٩) من القانون المدني الأردني.

ومن خصائص هذا القانون أيضاً انه قانون داخلي ومن فروع القانون الخاص وليس قانوناً دولياً، لأنه يحكم العلاقات الخاصة في الأحوال الشخصية والروابط المالية بين الأشخاص[2] ولا يحكم العلاقات بين الدول. و لهذا لا يوجد قانون دولي خاص لجميع الدول، وإنما لكل دولة قانونها الدولي الخاص، إلا أنه سمي بالدولي نظراً لتنظيمه علاقات قانونية بين أشخاص ينتمون إلى أكثر من دولة واحدة. ولكن هذا لا يعني انه ينظم دائماً علاقات أشخاص ينتمون إلى عدة دول، بل قد ينظم علاقات بين أشخاص ينتمون إلى دولة واحدة. كعقد زواج يتم بين أردني وأردنية في ألمانيا، أو كعقد بيع يتم بين أردنيين في انكلترا.

ومن خصائصه أيضاً، أن بعض قواعده قواعد إسناد وإحالة تقتصر وظيفتها على إرشاد القاضي إلى المحكمة المختصة والقانون الواجب تطبيقه في قضية مشوبة بعنصر

---

(١) أنظر مؤلفنا - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص -رسالة دكتوراه- دار الطباعة الحديثة -البصرة /١٩٦٥ - ص١١٨ ومؤلفنا - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل / ٩٨٢ - ص٣.

(٢) أنظر الدكتور ماجد الحلواني-الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة، الجزء الأول-الطبعة الأولى /دمشق-١٩٦٠-ص٤٠ و Prof,Dr.Osman Berki Devletl Hususi Hukuku. Cilt1. Basi 4.Ankara/1960-SF4 وبحثنا - حلول بعض المسائل في القانون الدولي الخاص السعودي، المنشور في مجلة كلية التجارة بالرياض السنة الأولى١٣٩١هـ. العدد الأول، ص٢١ والدكتور ادمون نعيم -القانون الدولي الخاص وفقاً للتشريع والاجتهاد في لبنان-بيروت-/١٩٦١-ص١٣ وعبد القادر أفندي السنوي - حقوق الدول الخاصة-مطبعة دار السلام-بغداد/١٩٢٣-ص٢ وما بعدها.

أجنبي ولا تمس موضوع الدعوى.

موضوعات القانون الدولي الخاص:

المقصود بموضوعات القانون الدولي الخاص هو المسائل التي ينظمها هذا القانون. فالقانون الدولي الخاص يستهدف تنظيم الحياة القانونية الخاصة الدولية باعتبار ان تنازع القوانين هو الموضوع الأساس والوحيد له في نظر البعض.

غير ان التقاليد القانونية قد جرت على اعتبار القواعد القانونية المنظمة للجنسية والاختصاص القضائي الدولي والموطن والمركز القانوني للأجانب وتنفيذ الأحكام الأجنبية من موضوعاته أيضاً نظراً للصلة الوثيقة بين جميع هذه الموضوعات. وعليه سنشرح هذه الموضوعات بشيء من الايجاز.

١- تنازع القوانين (تنازع الاختصاص التشريعي):

العلاقة القانونية الخاصة قد تكون وطنية محضة في جميع عناصرها من جنسية أطرافها ومحل انعقادها وسببها المُنشئ، فيخضع كل نزاع ينشأ منها لاختصاص القانون والقضاء الوطني للدولة التي نشأت فيها دون منازع، كعقد زواج يتم بين أردني وأردنية في الأردن.

ولكن العلاقة القانونية قد لا تكون وطنية محضة في كل عناصرها، بل مشوبة بعنصر أجنبي لاتصالها بأكثر من دولة واحدة بسبب اختلاف جنسية أطرافها أو محل انعقادها أو مكان تنفيذها أو سببها المُنشئ أو مكان وجود المال ...إلخ، كقيام أردني ببيع دار له في ألمانيا إلى فرنسي وتوقيع عقد البيع في انكلترا. فهذه العلاقة القانونية مشوبة بعنصر أجنبي بسبب اختلاف جنسية البائع والمشتري وانعقاد العقد في إقليم دولة أجنبية ووجود الدار محل البيع في دولة أجنبية أخرى. فأي نزاع ينشأ عنها لا يدخل ضمن نطاق اختصاص القانون والقضاء الأردني لوجود التنازع بين القانون الأردني والقانون الفرنسي والقانون الألماني والقانون البريطاني على حكم هذا البيع. ولا بد من تعيين القانون المختص الواجب تطبيقه في هذه العلاقة القانونية من بين هذه القوانين المتنازعة، وهذا ما يعبر عنه بـ (تنازع القوانين) أو(تنازع الاختصاص التشريعي)[1].

---

(١) أنظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي -القانون الدولي الخاص-القسم الثاني-تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ الأحكام الأجنبية-مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/٩٨٢-ص٧وما بعدها وعبد القادر أفندي السنوي-المرجع السابق-ص١٥ والدكتور مرتضى نصرالله-مبادئ القانون الدولي التجاري-مطبعة النعمان- النجف الأشرف/١٩٦٢-ص٤ وما بعدها و Prof. Dr. Osman Berki, Develeteler, Hususi Hukuk, Cilt. 11, 4Bas-Ankara/1961. sf 3-10 ve Leo Raap, fransiz Develetler Hususi Hukukile Karsilastirmak Suretiyle Alınan Develetler Hususi Hukukunun ana Hatlari. Terc (siyasiilimler Mec 1942. No 135 sf. 3.

وعملية اختيار القانون الواجب تطبيقه في العلاقة المشوبة بعنصر أجنبي التي تتصل بقوانين أكثر من دولة واحدة تتم وفقاً لقواعد في القانون الدولي الخاص تسمى (قواعد التنازع) أو (قواعد الإسناد)، لأنها تعقد الاختصاص التشريعي لواحد من القوانين المتنازعة.

٢- تنازع الاختصاص القضائي الدولي :

في العلاقة القانونية الوطنية المحضة ينعقد الاختصاص القضائي للقضاء الوطني دون منازع. أما في العلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي فقد لا ينعقد الاختصاص القضائي للقضاء الوطني. ففي المثال الذي ذكرناه في موضوع تنازع القوانين يوجد تنازع بين القضاء الأردني والفرنسي والألماني والبريطاني حول اختصاص النظر في النزاع المذكور المشوب بعنصر أجنبي وضرورة تقرير هذا الاختصاص فيه لمحاكم إحدى هذه الدول. وهذا ما يسمى بـ(تنازع الاختصاص القضائي الدولي)[١].

ولتحديد هذا الاختصاص في الأردن يتم الرجوع إلى المادة (٢٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية. فقواعد تنازع الاختصاص القضائي الدولي وظيفته إرشاد القاضي إلى المحكمة المختصة برؤية النزاع.

٣- الجنسية:

الجنسية رابطة قانونية سياسية تربط شخصاً بدولة معينة وتجعله أحد أعضاء شعبها. فالجنسية ظرف إسناد لتعيين القانون الواجب تطبيقه في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي وأداة لتوزيع الأفراد جغرافياً بين الدول على سطح الكرة الأرضية، والدولة حرة في منحها لمن تشاء ومنعها عمن تشاء، وهي تفرض بحكم القانون بالولادة على أساس حق الدم أو حق الإقليم أو على أساسهما معاً، فتسمى عندئذٍ (الجنسية الأصيلة) أو تكتسب بعد الميلاد بشروط قانونية مختلفة، فتسمى (الجنسية المكتسبة)[٢].

٤- الموطن:

الموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بنية البقاء[٣]. إذ بإمكان الفرد أن

---

(١) أنظر مؤلفنا -القانون الدولي الخاص-النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية-الطبعة الثانية-دار الحرية للطباعة-بغداد/١٩٧٨ ص٢٢ والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ -القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن-الطبعة الأولى-مطبعة الحكومة-بغداد/١٩٧٣-ص٣٥٢ وما بعدها والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي-القانون الدولي الخاص-القسم الثاني-تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية-المرجع السابق ص٢٢٩ وما بعدها.

(٢) أنظر مؤلفنا -القانون الدولي الخاص-الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي-مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/١٩٨٢ ص١٢ وما بعدها، والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي -القانون الدولي الخاص- الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي-الجزء الأول-مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/١٩٨٢-ص٢٩ وما بعدها، وعبد القادر أفندي السنوي -المرجع السابق ص٠٤ وما بعدها، وحسن الميمي -الجنسية في القانون التونسي -الشركة التونسية للتوزيع-تونس/١٩٧١- ص١٣ وما بعدها والدكتور مصطفى كامل ياسين -مذكرات أولية في القانون الدولي الخاص -مسحوبة بالرونيو -بغداد/١٩٥٦-ص٢ والدكتور شمس الدين الوكيل -الموجز في الجنسية ومركز الأجانب. الطبعة الثانية- الإسكندرية/ ١٩٦٨ -ص٣٩ والدكتور السيد محمد ابراهيم -الجنسية في دولة الامارات العربية المتحدة-دراسة مقارنة بالجنسية في دول الخليج/١٩٧٨-ص٧ وما بعدها. و

Prof. Dr.Osman Berki, Devletler Hususi Hukuku. Cilt 1. Basi 4. Ankara/1961.Sf.4 Ve Prof.Dr . Osman Berki, Vatandaslik Hukuku -Ankara/1965. Sf.20

(٣) المادة (٣٩) من القانون المدني الاردني.

يقيم أو يتوطن حالياً في إقليم دولة غير دولته التي يحمل جنسيتها مع الاعتراف له ببعض الحقوق. ولهذا قد يرتبط الفرد روحياً وسياسياً بدولة ويتوطن في دولة أخرى، فتكون له جنسية الأولى وتعتبر الثانية موطناً له. وعلى ذلك يعد الموطن ظرف إسناد وأداة لتوزيع الأفراد جغرافياً بين الدول أيضاً كالجنسية تماماً، ويرتب القانون آثاراً على ثبوته في العلاقات الدولية الخاصة بالنسبة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي، خاصة في الدول التي تعطي قوانينها الاختصاص التشريعي لقانون الموطن في العلاقات المشوبة بعنصر أجنبي[1]. فهو من موضوعات القانون الدولي الخاص، حيث يهتم بتعريفه وتحديد أركانه وبيان أنواعه وآثاره وكيفية اكتسابه وفقدانه.

٥- المركز القانوني للاجانب:

رغم الاعتراف ببعض الحقوق للأجانب في إقليم دولة الإقامة، إلا أن ذلك لا يعني مساواتهم بالوطنيين في الحقوق والواجبات العامة. فالقواعد القانونية التي تنظم المركز القانوني للأجانب تبين كيفية معاملة الأجانب في البلدان التي يقيمون فيها خارج دولتهم والقدر الذي يتمتعون به من الحقوق. وهذه المسائل ترتبط ارتباطاً وثيقاً بحل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي رغم النص على هذه الحقوق في القانون الداخلي. ولهذا يدخل المركز القانوني للأجانب ضمن موضوعات القانون الدولي الخاص، لأن تثبيت مركز الأجنبي في الدولة يمهد السبيل لتطبيق قواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وحل القضايا المشوبة بعنصر أجنبي[2].

٦- تنفيذ الاحكام الاجنبية:

لا يكفي الحصول على قرار حكم بالحق المدعى به من المحكمة المختصة في علاقة قانونية مشوبة بعنصر أجنبي للوصول إلى الحق المدعى به ما لم يتم تنفيذ القرار واستيفاء الحق. لأن الدولة التي يراد تنفيذ هذا الحكم في إقليمها غير ملزمة بتنفيذه ما لم توجد

(١) أنظر مؤلفنا -القانون الدولي الخاص- النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للاجانب وأحكامهما في القانون العراقي -الطبعة الأولى-دار الحرية للطباعة- بغداد/١٩٧٦-ص٥ وما بعدها والدكتور أحمد مسلم -القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى -الجزء الأول- القاهرة/١٩٥٤ -٢٨٢ والدكتور جابر جاد عبد الرحمن - لقانون الدولي الخاص، الجزء الأول -بغداد/١٩٤٧ -ص٢١٠ والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ -المرجع السابق- ص١٦٥ والدكتور عبد الودود يحيى -محاضرات في المدخل لدراسة القانون نظرية الحق -مسحوبة بالرونيو -الرياض/١٩٧٢ -ص٥٥ وحامد مصطفى -مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة نظر القانون العراقي، الجزء الأول -الطبعة الثانية- بغداد/١٩٧٠ ص٤٨ والدكتور محمد كمال فهمي -أصول القانون الدولي الخاص - الاسكندرية/١٩٥٥ - ص٢٠٣.

(٢) أنظر Prof.Dr. Osman Berk. Devletler Hususi Hukuku Cilt 1. Basi 4. Ankara/1961.Sf 157 ve Dr.Ergin Nomer, Taba ile yabancinin Hukuki Musavati-Istanbul/1962-Sf.15
ومؤلفنا -القانون الدولي الخاص- النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب- وأحكامهما في القانون العراقي- المرجع السابق -ص٢٢ والدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي- القانون الدولي الخاص -الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي -الجزء الأول- المرجع السابق - ص٣١ والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ -المرجع السابق- ص١٩٧ وما بعدها.

اتفاقية قضائية دولية تلزمها بقبول تنفيذه في إقليمها لعدم صدوره من محاكمها الوطنية.

فقواعد القانون الدولي الخاص تتولى بيان كيفية تنفيذ الحكم القضائي الأجنبي وتحديد شروط ذلك بحسب أحكام القوانين الداخلية للدولة أو تنفيذاً للاتفاقيات الدولية التي تعقدها الدولة مع غيرها من الدول في هذا الشأن[1].

مصادر القانون الدولي الخاص

مصادر القانون الدولي الخاص متأثرة بالطبيعة الخاصة التي يتميز بها هذا القانون وموضوعاته المختلفة، ولذلك فإن لهذا القانون مصادر داخلية وأخرى دولية وثالثة علمية وكالآتي:

١- **المصادر الداخلية**: وتتمثل في:

أ- التشريع.

ب- العرف الداخلي.

جـ- القضاء الداخلي. ولكن القضاء الداخلي يعتبر مصدراً رسمياً في الدول ذات الاتجاه الأنجلوسكسوني لأنه يضفي قوة الإلزام على السابقة القضائية، كما في انكلترا واستراليا ونيوزيلندا. بينما في الدول ذات الاتجاه اللاتيني، كفرنسا والأردن والعراق، لاتعد السابقة القضائية مصدراً رسمياً للقانون، بل مصدراً تفسيرياً يسترشد به القاضي عندما يفتقد الحكم اللازم لحل النزاع المعروض عليه في المصادر الرسمية ويتوجه إلى اجتهاد الحلول مستهدفاً تحقيق قواعد العدالة عن طريق الاستعانة بالقضاء والفقه، وهذا ما تنص عليه الفقرة الرابعة من المادة (٢) من القانون المدني الأردني بقولها: (ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر).

د- المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص (بالنسبة لأحكام تنازع القوانين فقط). إذ تعد مبادئ القانون الدولي الخاص العامة مصدراً لقواعده المتعلقة بتنازع القوانين فيما لم يرد بشأنه نص في التشريع، وهذا ما تنص عليه المادة (٢٥) من القانون المدني

---

(١) أنظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي -القانون الدولي الخاص- القسم الثاني-تنازع القوانين وتنازع الإختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية-المرجع السابق- ص٢٦٣ وما بعدها والدكتور ممدوح عبد الكريم حافظ -المرجع السابق- ص٢٩٣ وما بعدها و Prof.Dr. Osman Berki ve Hilmi Erguney-Kanun ihtilalari. Ankara/1965.Sf.123 ve Prof. Dr. Osman Breki, Devletler Hususi Hukukuku. cilt 1. basi 4. Ankara/1961. Sf.355 ve Prof. Dr. Belgesay, Devletler Hususi Hukukunda Adliye. Ankara/1960. Sf. 219. ve Prof.Dr. Sakir Berki, Tatbiki Devletler Hususi Hukuku. Ankara/1960. Sf. 70 ve Rabi Koral-Hususi Hukukta Miletlerarasi Heken kararlarinin Icrasi. 1958. Sf. 14

الأردني بقولها: (تتبع مبادئ القانون الدولي الخاص فيما لم يرد في شأنه نص في المواد السابقة من أحوال تنازع القوانين).

ومبادئ القانون الدولي الخاص المشار إليها في النص المذكور يقصد بها مجموعة المبادئ الأساسية المسلم بها تشريعاً أو فقهاً أو قضاء في القانون المقارن، إذ عدها المشرع الأردني مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون الدولي الخاص عند تخلف النص التشريعي في أحكام تنازع القوانين، ولكن هذا المصدر يقتصر على موضوع واحد من موضوعات القانون الدولي الخاص، وهو تنازع القوانين[1]. لأنه يكرس مبدأ عاماً مفاده انه في أحوال تنازع القوانين التي لم يرد بشأنها نص في القانون يجب على القاضي أن يطبق عليها المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص مستعيناً في استخلاصها بالدراسة المقارنة للقواعد المشتركة بين النظم القانونية المختلفة، وهذا ما يتطلب جهداً وتتبعاً كبيرين في كتب الفقه واجتهاد المحاكم الوطنية والدولية وتشريعات الدول المختلفة.

٢- **المصادر الدولية** : وتتمثل في:

أ - المعاهدات والاتفاقيات الدولية الثنائية والجماعية.

ب- العرف الدولي.

جـ- القضاء الدولي.

٣- **المصادر العلمية** : وتتمثل في الفقه الداخلي والدولي. علماً ان قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص تأسست أصلاً في البداية على آراء الفقهاء في هولندا وايطاليا وفرنسا وانكلترا.

الفرع الخامس

قانون العمل

قانون العمل عبارة عن القواعد القانونية التي تنظم علاقات العمل التابع الفردية والجماعية بين العامل وصاحب العمل والذي يجعل العامل في حالة من التبعية بحيث يعمل تحت إشراف وتوجيه صاحب العمل أو إدارته أثناء تأدية العمل ويأتمر بأوامره ويخضع لرقابته وإشرافه وعقوباته، وهذا ما تنص عليه المادة (٢) من قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦ بقولها: (العامل كل شخص ذكراً كان أو أنثى يؤدي عملاً لقاء أجر ويكون

---

(١) أنظر الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي -القانون الدولي الخاص، الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي- الجزء الأول- المرجع السابق- ص١٨ وما بعدها.

تابعاً لصاحب العمل وتحت إمرته ويشمل ذلك الأحداث ومن كان قيد التجربة أو التأهيل).

ونطاق قواعد قانون العمل لا يقتصر على تنظيم العلاقات الناجمة عن عقود العمل التابع الفردية والجماعية، بل يتخطى إطار ذلك ليشمل ما يهم المجتمع مباشرة، مثل البطالة وطرق علاجها والضمان الاجتماعي والإنتاج ....إلخ.

وقانون العمل حديث النشأة نسبياً، لأنه ظهرعقب النهضة الصناعية وقيام الإنتاج الكبير واستعمال الآلات الثقيلة واختلال التوازن بين مصالح القوى الاقتصادية لطرفي عقد العمل الذي كان يزيد من قوة صاحب العمل ومن ضعف العامل، إلى أن تدخل المشرع في معظم الدول فنظم علاقات العمل بين العمال وأصحاب الأعمال على أسس جديدة تتسم بطابع حماية العامل دون الإضرار بعمليات الإنتاج، وأنتهى الأمر إلى اكتمال قانون العمل في الكثير من الدول وتفرعه عن القانون المدني وتشكيله فرعاً مستقلاً في القانون الخاص بعد ما كانت قواعده إلى عهد قريب موجودة ضمن أحكام القانون المدني. وفي استقلاله عن القانون المدني تأثر بالمبادئ الاجتماعية، وأعاد التوازن إلى علاقات العمل وتم تجميع كافة الأحكام المتعلقة بعلاقات العمل الفردية والجماعية والنقابات العمالية والضمان الاجتماعي ضد إصابات العمل والمرض والشيخوخة والبطالة، وطرق حل المنازعات العمالية بين العمال وأصحاب الأعمال بالوسائل القسرية، كالإضراب والإغلاق، والوسائل الرضائية كالمفاوضات الجماعية والتوفيق والتحكيم، والوسائل القضائية في قوانين مكتوبة للعمل والضمان الاجتماعي في مختلف الدول وعقدت اتفاقيات دولية للعمل[1]، منها المملكة الأردنية الهاشمية التي أصدرت قانوناً للعمل برقم ٢١ لسنة ١٩٦٠ ، كما أصدرت قانوناً مؤقتاً للضمان الاجتماعي برقم ٣٠ لسنة ١٩٧٨ وقانوناً أجد للعمل برقم ٨ لسنة ١٩٩٦ استجابة لمبادئ الدستور[2] وصادقت على ١٧ اتفاقية دولية و ٦ اتفاقيات عربية للعمل .

ويلاحظ ان الفقهاء قد اختلفوا حول طبيعة هذا القانون، فمنهم من ذهب إلى أنه من فروع القانون العام، لأنه يرمي إلى حماية الصالح العام من جهة، ولأن الصفة الآمرة

---

(١) أنظر الدكتور شاب توما منصور -الوجيز في قانون العمل، دراسة مقارنة- الجزء الأول، الطبعة الأولى- شركة الطبع والنشر الأهلية -بغداد/ ١٩٦٥- ص٣٧ وعبد العزيز النعيم -المرجع السابق- ص٤٧ والدكتور توفيق حسن فرج -المرجع السابق- ص٤٢.

(٢) تنص المادة (٢٢) من الدستور الأردني لسنة ١٩٥٢ على أن (١- العمل حق لجميع المواطنين وعلى الدولة أن توفره للأردنيين بتوجيه الإقتصاد الوطني والنهوض به ٢- تحمي الدولة العمل وتضع له تشريعاً يقوم على المبادئ الآتية: ١- اعطاء العامل أجراً يتناسب مع كمية عمله وكيفيته ب- تحديد ساعات العمل الأسبوعية ومنح العمال أيام راحة أسبوعية وسنوية مع الاجر جـ- تقرير تعويض خاص للعمال المعيلين، وفي أحوال التسريح والمرض والعجز والطوارئ الناشئة عن العمل د- تعيين الشروط الخاصة لعمل النساء والأحداث هـ- خضوع العامل للقواعد الصحية و- تنظيم نقابي حر ضمن حدود القانون).

لقواعده من أهم السمات المميزة لاستقلاله عن القانون المدني. فمعظم قواعده من النظام العام لا يجوز الاتفاق على خلافها واستبعادها من جهة أخرى. إذ تنص المادة (٤/ب) من قانون العمل الأردني على أن: (يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده يتنازل بموجبه أي عامل عن كل حق من الحقوق التي يمنحها أياه هذا القانون).

كما أن كل مخالفة لأحكام هذا القانون أو أي نظام أو أمر صادر بمقتضاه لم تعين لها عقوبة خاصة يعاقب عليها بغرامة لا تقل عن خمسين ديناراً ولا تزيد على مئة دينار[١]. وهكذا أصبح لبعض قواعد قانون العمل علاقة بالقانون العام بسبب تزايد تدخل الدولة في تنظيم علاقات العمل بقواعد آمرة بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، وتقرير عقوبات على مخالفة أحكامه كما في القواعد المتعلقة بتحديد ساعات العمل وشروط تشغيل النساء والأحداث، وإعطاء صفة الهيئات العامة لبعض الجماعات الخاصة كالنقابات العمالية التي أخذت تساهم في تنظيم الحياة الاقتصادية والاجتماعية، وإنشاء مكاتب حكومية لتشغيل العمال، واعتبار أجر العامل من الديون الممتازة ... إلخ.

فالذين ينادون بالأخذ بطبيعة المصالح التي تحميها القاعدة القانونية معياراً للتفرقة بين القانون الخاص والقانون العام، يعتبرون قانون العمل فرعاً من فروع القانون العام. أما القائلون بالنظر إلى أطراف العلاقة التي ينظمها القانون كمعيار للتفرقة بين القانون العام والقانون الخاص، فانهم يعتبرونه فرعاً من فروع القانون الخاص.

وذهب آخرون إلى القول بأن قانون العمل قد زعزع الأسس التي يقوم عليها التقسيم الثنائي التقليدي للقانون إلى عام وخاص، لأنه قانون خليط يحوي قواعد من القانون العام وقواعد من القانون الخاص وله ذاتية خاصة أدت إلى قيام قانون اجتماعي أو صناعي مستقل عن القانون العام والخاص هدفه تنظيم الاقتصاد الاجتماعي الصناعي -(التجارة والصناعة والعمل)- الذي يبرر تدخل الدولة بوصفها صاحبة السيادة والسلطة العامة في تنظيم هذه المصالح الاقتصادية والاجتماعية والصناعية بالنظر لتأثيرها في التخطيط الاجتماعي والاقتصادي والصناعي للجماعة[٢].

---

(١) المادة (١٣٩) من قانون العمل الأردني.

(٢) للوقوف على تفاصيل نشأة قانون العمل والضمان الاجتماعي وتطوره وموضوعاته راجع الدكتور شاب توما منصور -الوجيز في قانون العمل-دراسة مقارنة-الجزء الأول-الطبعة الأولى-المرجع السابق-ص٦ وما بعدها، والدكتور عزيز ابراهيم -شرح قانون العمل الجديد. الجزء الأول-مطبعة الجامعة-بغداد/١٩٧٥-ص٥ وما بعدها، ومؤلفه -دراسات في قوانين الضمان الاجتماعي -الجزء الأول-مطبعة سليمان الأعظمي-بغداد/١٩٧٢-ص٥ وما بعدها، والدكتور عدنان العابد والدكتور يوسف الياس -قانون الضمان الاجتماعي- مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/١٩٨١-ص٩ وما بعدها، والدكتور جلال القريشي -المعايير القانونية لعقد العمل-مطبعة حداد-البصرة/١٩٦٩-ص٢ وما بعدها.

مصادر قانون العمل:

لقانون العمل مصادر داخلية (وطنية) رسمية ومصادر داخلية غير رسمية ومصادر دولية. وتتمثل المصادر الرسمية الداخلية في :

١- التشريع بأنواعه الثلاثة (الأساسي والعادي والفرعي).
٢- القضاء
٣- قرارات مجالس التوفيق .

أما مصادره الداخلية غير الرسمية، فهي :

١- التعليمات المهنية التي يصدرها صاحب العمل بخصوص مخاطر المهنة وكيفية الوقاية منها وإدارة العمل، ويسميها مشرع قانون العمل الأردني الجديد بـ (النظام الداخلي لتنظيم العمل في المؤسسة) [1].
٢- العرف المتبع في أوساط العمل.
٣- عقد الاتفاق الجماعي .
٤- القرارات النقابية.

أما مصادره الدولية، فتتمثل في المعاهدات والاتفاقيات الدولية.

المبحث الثاني

التقسيمات الاخرى للقانون

سبق أن ذكرنا ان القوانين تصنف إلى أقسام وفروع تتعدد بتعدد الزوايا التي ينظر منها. فهي تصنف من حيث طبيعة الروابط التي تنظمهاإلى قانون عام وقانون خاص، وقد تكلمنا عن ذلك بإسهاب. وتصنف من حيث الصورة التي توجد بها إلى قانون مكتوب وقانون غير مكتوب. وتصنف من حيث نوعها إلى قانون موضوعي وقانون شكلي. وتصنف من حيث قوتها الملزمة إلى قانون آمر أو ناه وقانون مكمل أو مفسر أو مقرر للإرادة. وسنتناول بالبحث في هذا المبحث التقسيمات الأخرى التي لم نتناولها بالبحث سابقاً .

المطلب الأول

تقسيم القانون من حيث قوة إلزامه

إلى (آمرة أو ناهية) و (مكملة أو مفسرة أو مقررة)

إن المشرع من خلال تنظيمه للروابط في المجتمع قد يضع بعض القيود على حرية الأشخاص ونشاطهم في التعامل عن طريق توجيه طائفة من القواعد القانونية الآمرة أو

---

(١) انظر المادة (٥٥) من قانون العمل.

الناهية إليهم وإجبارهم على احترامها فينعدم إزاءَها سلطان إرادتهم وتتقيد بها حريتهم ونشاطهم. ولكن هذا لا يعني أن المشرع يقيد حرية الأشخاص ونشاطهم دائماً وبصورة مطلقة بقواعد آمرة أو ناهية، بل يوجه إليهم طائفة أخرى من القواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة التي لا تسلبهم حريتهم في توجيه سلوكهم و نشاطهم، بل تترك لهم قدراً من الحرية في تنظيم علاقاتهم وتوجيه نشاطهم الوجهة التي تروق لهم[1].

فما هي القواعد القانونية (الآمرة أو الناهية)، وما هي القواعد القانونية (المكملة أو المفسرة أو المقررة). وللجواب على هذا التساؤل لا بد من شرح هذين النوعين من القواعد القانونية بشيء من التفصيل.

أولاً- القواعد القانونية الآمرة أو الناهية:

هي القواعد القانونية التي تصدر إلى الأفراد بشكل أوامر ونواه ينعدم أزاءها سلطان إرادتهم وتتقيد بها حريتهم ونشاطهم ويجبرون على احترامها والالتزام بها ولا يستطيعون التحلل من أحكامها أو استبعاد تطبيقها عن طريق الاتفاق على خلافها، لأنها تتضمن التكليف في صورة أمر أو نهي يرد كقيد على حرياتهم لكونها من النظام العام، كالقواعد القانونية المتعلقة بالزواج الذي هو أساس العائلة في المجتمع، والقواعد القانونية المتعلقة بالعقاب الذي هو أساس المحافظة على أمن واستقرار الجماعة. ولهذا لا يجوز للأشخاص التحلل من حكم هذه القواعد أو استبعاد تطبيقها عن طريق الاتفاق. فمثلاً لا يجوز الاتفاق بين شخصين على أن يقتل أحدهما الآخر، لأن هذا الاتفاق يعد باطلاً عديم الأثر ويعاقب القاتل طبقاً للقواعد الآمرة دون الاهتمام بالاتفاق الخاص بصدد عدم معاقبته. وينطبق ذلك على كل القواعد القانونية التي تنهى عن ارتكاب الجرائم والقواعد القانونية المتعلقة بتحديد سعر الفائدة أو التي تحدد المحرمات من النساء أو سن الرشد أو التي تحرم على الفرد التنازل عن حريته الشخصية أو عن أهليته أو التي تحدد حظ الذكر مثل حظ الأنثيين في الميراث أو التي تحدد الحقوق الزوجية أو السعر الرسمي للنقود أو التي تفرض الضرائب..إلخ[2]

ثانياً- القواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة:

وهي التي تصدر إلى الأشخاص دون أن تعدم سلطان إرادتهم أو تقيد حريتهم أو

---

(١) أنظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون -المرجع السابق- ص٣١ والأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق-ص٢١١

(٢) أنظر الدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٩٠.

تحدد نشاطهم، بل تترك لهم الحرية في تنظيم علاقاتهم والاتفاق على خلاف حكمها واستبعاد تطبيقها ولا تلزمهم بحكمها إلا في حالة عدم اتفاقهم على خلافها، لأنها لا تطبق إلا إذا لم يتفق المتعاقدان على خلافها أو سكتا عن الإشارة إليها. فالمشرع لا يضع مثل هذه القواعد إلا لتكملة إرادة الأشخاص حين سكوتهم عن حكم مسألة معينة تنظمها هذه القواعد. فإذا وجد الاتفاق على خلاف حكمها كانت العبرة بالاتفاق على أساس ان الإرادة الحقيقية للأشخاص أولى بالاتباع من إرادتهم المفترضة. وقد أطلقت هذه التسمية عليها لأنها تكمل نقصاً أو قصوراً في الاتفاق فات الإرادة أن تحكمه، أو تقرر أمراً يفترض ان الإرادة كانت تتجه إليه لو انها التفتت إلى حكمه، أو انها تفسر غموضاً شاب الإرادة[1].

ومما يلاحظ في القواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة ان سلطان إرادة الأشخاص كامل وموفور إزاءها ويجوز لهم الخروج عليها بإرادتهم واتفاقهم، فإذا لم يتفقوا على خلافها أو استبعادها تصبح ملزمة لهم إلزام القواعد القانونية الآمرة أو الناهية. ومن الأمثلة على القواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة، نذكر المادة (٤٨٣) من القانون المدني الأردني التي اعتبرت الثمن في البيع المطلق معجلاً ما لم يتفق على أن يكون مؤجلاً أو مقسطاً لأجل معلوم، والمادة (١/٤٨٥) منه التي أوجبت نقل ملكية المبيع بمجرد تمام البيع إلى المشتري ما لم يقض القانون أو الاتفاق بغير ذلك، والمادة (٥٢٢) منه التي أوجبت على المشتري تسليم الثمن عند التعاقد أولاً وقبل تسلم المبيع أو المطالبة به ما لم يتفق على غير ذلك .... إلخ.

ففي الأمثلة المذكورة لا يتخلى القانون نهائياً عن تنظيم مسائلها، خاصة ان ضرورة تنظيم القانون لهذه المسائل أمر مهم، لأن الأشخاص إذا نظموها بإرادتهم الحرة، قد يغفلون تفصيلات الحلول القانونية للآثار المترتبة عليها. ففي البيع مثلاً غالباً ما يكتفي المتعاقدان بتعيين المبيع والثمن دون تحديد مكان وزمان تسليمهما، فيعمد المشرع إلى وضع تنظيم نموذجي لمثل هذه الروابط لا لإلزام الأشخاص به، وإنما ليعملوا به عند عدم اتفاقهم على حلول لها أو ليكمل هذا الاتفاق عند وجود أي نقص أو غموض أو قصور فيه حتى لا تكثر المنازعات، وتضطرب المعاملات باختلاف الحلول القانونية للآثار المترتبة عليها. كما لو استند المتعاقدان إلى سلطان إرادتهما واتفقا على تصرف ما وجاء اتفاقهما غامضاً يحتاج إلى تفسير، أو ناقصاً يحتاج إلى تكملة. فتبديد الغموض وإكمال النقص يتم بالرجوع إلى

---

(١) أنظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون -المرجع السابق- ص٣٢ والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي -المرجع السابق- ص٩٧ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٩١ وعبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه -المرجع السابق- ص٩٥.

القاعدة القانونية التي أوردها المشرع لتلك الحالة، والتي تعبر عن الإرادة المفترضة لهما. وبناء على ذلك يجب على المشرع عند وضع القواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة أن يستهدئ فيها بالعدالة والعرف والمقتضيات العملية والحاجات اليومية.

هل القواعد القانونية المكملة او المفسرة او المقررة ملزمة؟

ان إمكان الاتفاق على خلاف القواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة قد يثير في الأذهان ان هذه القواعد ليست ملزمة، على أساس ان من خصائص القاعدة القانونية اقترانها بعنصر الإلزام. فكيف نأتي بعد ذلك ونقول هناك قوانين ملزمة يجوز للأشخاص الاتفاق على خلافها واستبعاد تطبيقها !؟، أليس معنى ذلك أن القواعد القانونية المكملة أو المفسرة غير ملزمة؟.

في الواقع ان كل القواعد القانونية ملزمة بما فيها القواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة، ولكنها تصنف بالنسبة إلى درجة إلزامها إلى قواعد يجوز للأشخاص الاتفاق على خلافها لأنها تتصل بالمصالح الشخصية في المجتمع ولا تمثل إرادة المجتمع العليا وإنما تمثل الإرادة المفترضة للأشخاص لتعلقها بالنشاط الحر لهم، فتكون لهم حرية في استبعاد تطبيقها في نظر المجتمع لعدم تعلقها بمصالحه الأساسية. وإلى قواعد لا يجوز للأشخاص الاتفاق على خلافها لأنها تتصل بكيان الجماعة وتنظيمها الأساسي ومصالحها العليا وتمثل الإرادة العليا للمجتمع في تنظيم أمر بالغ الأهمية على نحو معين وتتضمن أمراً أو نهياً يقيم قيداً على إرادة الأشخاص، فلا يجوز لهم الاتفاق على ما يخالفها. لأن القاعدة القانونية الآمرة أو الناهية مطلقة من حيث تطبيقها على الكافة وتنعدم حرية مخالفتها من قبل الأشخاص.

فالقواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة هي قواعد ملزمة أيضاً، ولكنها لا تلزم الناس إلا عندما تطبق عليهم، وهي لا تطبق عليهم إلا إذا توافرت شروط تطبيقها، ولا تتوافر شروط تطبيقها إلا إذا لم يُتفق على خلافها. فهي ملزمة ولكنها تتميز عن القواعد القانونية الآمرة أو الناهية بضرورة توافر شرط خاص لإمكان تطبيقها، وهو شرط عدم الاتفاق على خلافها. فإذا حصل الاتفاق على خلافها، فإن هذا لا يعني انها غير ملزمة وإنما غاية الأمر ان مجال تطبيقها لم يتوفر. فلا تعارض إذن بين الصفة الملزمة في القواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة وبين جواز الاتفاق على ما يخالف هذه القواعد. غير ان هذا لا ينفي وجود الفرق بين القواعد القانونية الآمرة أو الناهية وبين القواعد القانونية

المكملة أو المفسرة أو المقررة من حيث طبيعة العلاقات التي ينظمها كل واحد من هذين النوعين. فالقواعد القانونية الآمرة أو الناهية تنظم أموراً وثيقة الصلة بالجماعة وكيانها ولها عظيم الأثر في حياتها مما يجب حمايتها ومنع الاتفاق على خلافها واستبعاد تطبيقها. ولهذا نجد ان المشرع يملي القواعد القانونية الآمرة أو الناهية بلا رحمة وهوادة، يُضمنها أمراً أو نهياً يقيم قيداً على إرادة الأشخاص، ويمنعهم من الاتفاق على ما يخالف أمره أو نهيه، لأن كل مخالفة لهذا الأمر أو النهي تضر كيان الجماعة وتمس مصلحة من مصالحها الأساسية العليا.

النتائج المترتبة على التمييز بين القواعد الآمرة او الناهية والقواعد المكملة او المفسرة او المقررة:

يترتب على التمييز بين القواعد القانونية الآمرة أو الناهية والقواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة نتيجتان هامتان: أولاهما، انعدام حرية الأشخاص في التعاقد إزاء القواعد القانونية الآمرة أو الناهية وبطلان كل اتفاق يتم على خلاف حكمها. بينما حرية الأشخاص في التعاقد تبدو موفورة إزاء القواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة، بحيث يجوز للأطراف الاتفاق على ما يخالفها. وثانيتهما، ان القاضي يلتزم بتطبيق القواعد القانونية الآمرة أو الناهية من تلقاء نفسه دون الالتفات إلى أي اتفاق بين الخصوم على خلافها، بينما عليه احترام مثل هذا الاتفاق ان وجد ولو كان مخالفاً للقواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة للإرادة.

معيار التمييز بين القواعد الآمرة او الناهية وبين القواعد القانونية المكملة او المفسرة او المقررة للإرادة:

للتمييز بين القواعد القانونية الآمرة أو الناهية والقواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة أهمية كبيرة، لأنه بالتعرف على القاعدة القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة نستطيع أن نعرف جواز أو عدم جواز الاتفاق على خلافها واستبعاد تطبيقها. ولهذا لا بد لنا من البحث عن المعايير التي تميز بين النوعين، مثل المعيار (المادي أو الشكلي أو اللفظي) والمعيار (المعنوي) وكالتالي:

أ- المعيار المادي او الشكلي او اللفظي:

للاهتداء إلى نوع القاعدة القانونية بالمعيار المادي يجب الرجوع إلى النص. لأن (العبارات) أو (الألفاظ) التي يستعملها المشرع في النص تهدينا إلى معرفة طبيعة القاعدة القانونية.

فالمشرع عندما يريد أن يبين نوع القاعدة القانونية ، فإنه يُضمن عبارة النص أو

لفظه ما يُشعر بأنه قاعدة قانونية آمرة أو مكملة، فيعبر عن ذلك بأي لفظ أوعبارة أو أسلوب صريح أو ضمني يؤدي إليه. فمثلاً إذا أراد التعبير عن القاعدة القانونية الآمرة أو الناهية قد يذكر صراحة بأن القاعدة آمرة أو ناهية، أو يقرر عدم جواز الاتفاق على خلافها، أو يذكر ان كل خروج عليها يقع باطلاً، أو يجعل عبارة النص بصيغة الأمر أو النهي، كأن يبدأه بكلمة (يلزم) أو (يجب) أو (يتعين) أو (لا يجوز) أو (لا يصح) .[1] ومن أمثلة النصوص الصريحة الآمرة ، تذكر المادة (١٦٠/٢) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه:(لا يجوز التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة ولو كان ذلك برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها القانون). وهذا يعني أنه لا يصح كقاعدة عامة التعامل في مال شخص حي على أمل وراثته بعد وفاته، ويقع باطلاً أي اتفاق بهذا الخصوص ولو برضا المورث. فعبارة هذا النص تدلنا إلى أن هذه القاعدة القانونية ناهية.

وكذلك المادة (٤٧) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية ولا عن أهليته أو التعديل في أحكامها)، والمادة (٤/ب) من قانون العمل الأردني التي تنص على أن: (يعتبر باطلاً كل شرط في عقد أو اتفاق سواء أبرم قبل هذا القانون أو بعده، يتنازل بموجبه أي عامل عن حق من الحقوق التي يمنحها أياه هذا القانون).

وكذلك المادة (٥٤٩) من القانون المدني الأردني التي تنص على أنه: (لا يجوز للوسطاء أو الخبراء أن يشتروا بأسمائهم أو بإسم مستعار الأموال التي عهد إليهم في بيعها)، والمادة (٧٩٠) منه التي تنص على أن: (يقع باطلاً كل شرط يقصد به إعفاء المقاول أو المهندس من الضمان أو الحد منه).

أما إذا أراد المشرع التعبير عن القاعدة القانونية المكملة أو المفسرة أو المقررة، فإنه يُضمن عبارة النص ما ينفي الوجوب والإلزام وما يفيد جواز الاتفاق على خلاف حكمه، كأن يذكر مثلاً (يجوز) أو (يصح) أو (يمكن). فمثلاً تنص المادة (٥٣١) من القانون المدني الأردني على أن: (نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله وغير ذلك من نفقات تكون على المشتري ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع ما لم يوجد اتفاق أو نص في قانون خاص يقضي بغير ذلك).

---

(١) انظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون- المرجع السابق - ص ٣٤ والأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق - ص٢١٢ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- المرجع السابق- ٢٤٤ والدكتور علي محمد بدير - المرجع السابق ص٩٢.

وتنص المادة (٦٨٠) منه على أن: (يسري على تسليم المأجور وتوابعه ما يسري على تسليم المبيع من آثار ما لم يتفق الطرفان على ما يخالفه). فيفهم من عبارة هذا النص انه قاعدة قانونية مكملة، لأنه يجيز الاتفاق على عدم ترتيب بعض الآثار بالنسبة لتسليم المأجور وتوابعه، كالاتفاق على عدم شمول عقد الإيجار لكراج السيارة التابع للمأجور، أو استثناء ملحق الدار من نطاق عقد الإيجار باتفاق المؤجر والمستأجر .... إلخ.

ب- المعيار المعنوي:

وقد لا تسعف صياغة النص في استخلاص الصفة الآمرة أو المكملة للقاعدة القانونية، فلابد عندئذٍ من البحث عن معيار آخر غير المعيار المادي لمعرفة طبيعتها. إذ قد لا تفصح عندئذٍ صيغة القاعدة القانونية عن صفتها الآمرة أو المكملة، فلا يستطيع القاضي أن يتبين من عبارة النص أو ألفاظه ما إذا كانت القاعدة آمرة أو مكملة. فمثلاً تنص المادة (٢/٤٣) من القانون المدني الأردني على أن: (سن الرشد هي ثماني عشرة سنه شمسية كاملة). فعبارة هذا النص وألفاظه لا تتضمن ما يفصح عن طبيعة القاعدة فيما إذا كانت آمرة أو مكملة، ولكن يستدل من معناه وموضوعه ان هذه القاعدة القانونية تتعلق بمصلحة أساسية للجماعة ومن ثم وجب عدها قاعدة قانونية آمرة لا مكملة.

وتنص المادة (١/٥٠٠) منه على أنه: (إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتبايعين فيه، انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن).

فهذا النص لا يتضمن في ألفاظه و عباراته ما يفصح عن طبيعة الحكم الوارد به، ولكن مضمونه وموضوعه يدل على ان هذه القاعدة القانونية هي مكملة أو مفسرة. لأن موضوعها يتعلق بمصالح خاصة للأشخاص، ويسود في نطاقها مبدأ سلطان الإرادة فيجوز الاتفاق على خلافها [1].

وعلى هذا النحو يبدو واضحاً ان المعيار المعنوي في معرفة نوع القاعدة القانونية يوجب الرجوع إلى مضمون النص وموضوعه. فإذا كان مضمون النص وموضوعه متعلقاً بمصالح أساسية تهم كيان الجماعة ومقوماتها، وجب عد القاعدة القانونية الواردة به آمرة أو ناهية حتى ولو لم تُشعر عبارة النص بذلك[2].

---

(١) أنظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون -المرجع السابق- ص٣٥ والدكتور محمد علي امام -المرجع السابق-ص١٠٩ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص٢٤٦ والدكتور شمس الدين الوكيل -المرجع السابق-ص٩٥ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق-ص٩٢.

(٢) أنظر الدكتور محمد علي امام -المرجع السابق- ص١٠٩ والدكتور مصطفى محمد الجمال والدكتور عبد الحميد محمد الجمال -المرجع السابق- ص٥٣.

أما إذا كان مضمون النص وموضوعه متعلقاً بتنظيم مصالح خاصة للأشخاص لا تتصل بكيان الجماعة ومصالحها الأساسية، وجب عدها قاعدة قانونية مكملة أو مفسرة أو مقررة. ويطلق على مجموع ما يتصل بكيان الجماعة أو بمصلحة من مصالحها الأساسية وتنظمه قواعد قانونية آمرة أو ناهية (النظام العام والآداب). فالذي يميز بين النوعين من القواعد القانونية هو تعلق القاعدة القانونية بالنظام العام والآداب أو عدم تعلقها. فما هو النظام العام، وما هي الآداب العامة، وما مدى تعلق مختلف القواعد القانونية بهما؟.

اولاً: النظام العام:

إن مصطلح النظام العام يمر ذكره كثيراً في دراسة القانون. وقبل كل شيء لابد من الإشارة إلى أن هذا المصطلح ليس مرادفاً لمصطلح (القانون العام)، لأن نطاق النظام العام أوسع من نطاق القواعد الآمرة أو الناهية المتصلة به في القانون العام. وفكرة النظام العام تستعصي على التحديد الدقيق، فلا يتيسر لها تعريف جامع يعطي صورة منضبطة عن ماهيتها، ولذلك كانت من أكثر الأمور التي أثارت الجدل في الفقه والتباين في الآراء حول مفهومها ونطاقها، خاصة ان المشرع لا يُعرف النظام العام ولا يحدد فكرته، وإنما يكتفي ببيان بطلان الاتفاقات الخاصة التي تعقد خلافاً للقواعد القانونية المتعلقة به، وقد ورد مصطلح النظام العام بهذا المعنى في مواضع كثيرة من التشريع الأردني، ومثال ذلك ما ورد في المادة (٢/١٦٣) من القانون المدني كالآتي: (فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً). ومن ذلك أيضاً ما ورد في المادة (٢/١٦٥) منه، كالآتي: (يجب أن يكون السبب موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب)...إلخ.

والواقع ان الاختلاف في الفقه حول تعريف النظام العام ومضمونه ونطاقه جعل من الصعب تحديد فكرته على وجه الدقة، ولم يصل الفقهاء في نهاية المطاف إلى تعريف دقيق له، وإنما قربوا معناه فقط من الأذهان عندما وجدوا ان أساسه هو فكرة المصلحة العامة، سواء أكانت هذه المصلحة سياسية، كتنظيم الدولة وطريقة ممارسة سيادتها، أم إجتماعية، كتنظيم الأسرة، أم اقتصادية، كتنظيم الإنتاج الوطني أو غير ذلك. أي كل ما يتعلق بكيان المجتمع من حيث تقدمه ورقيه والمحافظة عليه. وهكذا تجنب المشرع الأردني تعريف النظام العام، بذكره على سبيل المثال فقط في المادة (٣/١٦٣) من القانون المدني بقوله: (يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث والأحكام المتعلقة بالانتقال والاجراءات اللازمة للتصرف في الوقف وفي العقار

والتصرف في مال المحجور ومال الوقف ومال الدولة وقوانين التسعير الجبري وسائر القوانين التي تصدر لحاجة المستهلكين في الظروف الاستثنائية).

فالنظام العام هو مجموع المصالح الجوهرية والمُثل العليا التي ارتضتها الجماعة لنفسها ويتأسس عليها كيان المجتمع كما يرسمه النظام القانوني، سواء أكانت هذه المصالح الأساسية والمُثل العليا سياسية أم اجتماعية أم اقتصادية أم خلقية أم دينية. إذ يعرض الإخلال بها كيان المجتمع إلى التصدع والانهيار[1]، ويلزم الأشخاص برعايتها واحترامها وعدم المساس بها، لأنها فوق المصالح الشخصية والحقوق الخاصة. فليس لفرد من الأفراد مثلاً أن يتفق مع غيره على سلب حقوقه السياسية أو حريته الشخصية أو أهليته ببدل أو بدون بدل، وان رضا الحامل بإسقاط حملها من قبل طبيب جراح واتفاقها معه على ذلك لا ينجي الطبيب من المسؤولية الجزائية، لأن هذا الاتفاق يعتبر باطلاً عديم الأثر لمخالفته للنظام العام. ورضا الشخص عن قتله من قبل آخر مقابل مبلغ من المال لا ينجي القاتل من العقوبة المقررة للقتل في القانون، والاتفاق على التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة يعتبر باطلاً لأنه يخالف النظام العام .... إلخ.

ولا تقتصر مسائل النظام العام على فروع القانون العام فقط، بل ان الكثير من الأمور المتعلقة بالأسرة والشؤون العائلية في القانون الخاص يعد من النظام العام أيضاً ولا يصح أن يكون موضوعاً لمساومات تعاقدية واتفاقات خاصة، كالطلاق والنفقة والحضانة والميراث والأهلية وموانع الزواج ... إلخ.

فزواج الرجل من إحدى محارمه بموافقتها لا يجعل الزواج صحيحاً، لأن هذه الحرمة في الزواج من صميم النظام العام في المجتمع. بل ان مفهوم النظام العام قد اتسع فشمل بعض التصرفات المالية التي هي من موضوعات القانون الخاص. فتعاقد العامل مع صاحب العمل على استيفاء أجر أقل من الحد الأدنى المقرر قانوناً باطل لمخالفته للنظام العام. ذلك لأن كفالة حد أدنى للأجور يعني تحديد مستوى معاشي معين للعامل واشتراط سوية اقتصادية لا يجوز الهبوط إلى تحتها وان ذلك يتعلق بصميم الكيان الاجتماعي والاقتصادي للمجتمع. وعلى ذلك فليس للأشخاص تخطيها والتعامل على ما يخالفها.[2]

وفكرة النظام العام ليست مطلقة ولا جامدة، بل نسبية. فهي تتفاوت من حيث

---

(١) أنظر الأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٢٧٣ والدكتور شمس الدين الوكيل -المرجع السابق- ص٩٥ والأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق- ص٢١٣.

(٢) انظر المادة (٤/ ٢) من قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦.

النطاق باختلاف أنظمة الحكم والتيارات الفكرية التي تسود المجتمعات وتعتبر المنفذ الذي تتسرب منه النظريات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية إلى حقل القانون. ولذلك نجد مفهومها يختلف باختلاف الزمان والمكان والمذاهب والنظريات والأفكار السائدة في المجتمع. إذ يضيق مفهوم النظام العام أو يتسع بحسب التقلبات الاقتصادية والتطورات السياسية والاجتماعية والأخلاقية ومقاييس الحضارة بصورة عامة. فيتسع ويضيق بحسب حجم تدخل الدولة في تنظيم العلاقات في المجتمع بقواعد قانونية آمرة أو ناهية وقيامها بوظائف جديدة كانت متروكة لحرية الإرادة واتفاق الأشخاص.

كما ان نطاق مفهومه يتفاوت بتفاوت الزمان واختلاف المكان. فما عد من النظام العام في زمان معين قد لا يعد هكذا في زمان آخر، فمثلاً كان الرقيق فيما مضى يعد من الأشياء ويجوز التعامل به بشتى أنواع العقود والتصرفات، كالبيع والشراء[1]. لأن الاتجار بالرقيق كان أساس الحياة الاقتصادية ومن النظام العام، بينما يعد اليوم الاتجار بالرقيق باطلاً وأن أي عقد من العقود يبرم بشأنه باطل لمخالفته النظام العام. والتأمين على الحياة كان عملاً غير مشروع ومخالفاً للنظام العام، على أساس انه يتضمن المضاربة على الحياة وفيه نوع من المقامرة ويدفع إلى المغامرة و الإجرام في بعض الأحيان، بينما يعد حالياً أمراً مشروعاً ودعامة من دعامات الحياة الاقتصادية في المجتمعات الحديثة وتنص عليه القوانين المعاصرة كنظام قانوني سائد غير مخالف للنظام العام.

وتعدد الزوجات كان أمراً مشروعاً في العراق وغير مخالف للنظام العام مطلقًا إلى سنة ١٩٥٩ وبعد ذلك صدر قانون الأحوال الشخصية الذي عدّ عدم تعدد الزوجات في بعض الحالات هو من النظام العام في العراق وأصبح بموجبه تعدد الزوجات في تلك الحالات مخالفاً للنظام العام ومعاقباً عليه .

ومما يعتبر من النظام العام في مجتمع قد لا يكون هكذا في مجتمع آخر. فمثلاً تعدد الزوجات يعتبر من النظام العام في الأردن، فيجوز الزواج بأكثر من واحدة، بينما الزواج بأكثر من واحدة في دول أخرى يعتبر مخالفاً للنظام العام، كما في تركيا والدول الغربية.

وفي المواريث يعتبر إعطاء الابن ضعف نصيب البنت من النظام العام في ظل الشريعة الاسلامية، بينما يعتبر تساوي أقارب الجهة الواحدة في الميراث من النظام العام في أكثر الدول الغربية. وفي انكلترا تعد قاعدة تفضيل الابن الأكبر في الإرث هي من

(١) أنظر الدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٩٤ والأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٢٧٢.

النظام العام.

ونطاق النظام العام قد توسع منذ بداية القرن التاسع عشر بتأثير المذهب الاجتماعي حتى صارت روابط كثيرة تعد من مقومات كيان الجماعة الأساسية وبالتالي من النظام العام، بينما كانت هذه الروابط إلى الأمس القريب ألصق بالإرادة الفردية والاتفاق والرضا المتقابل بين الأفراد، كعقد العمل مثلاً. فنطاق النظام العام يختلف ضيقاً أو اتساعاً وفقاً للمذهب الاجتماعي والسياسي والاقتصادي السائد في الدولة. فحيث يسود المذهب الفردي يضيق نطاق النظام العام، وحيث يسود المذهب الاجتماعي يتسع نطاقه، وبما أن ما يسمى بالمذهب الاشتراكي قد انهار في موطنه الأصلي (الاتحاد السوفييتي السابق)، فقد بدأ يضيق مفهوم النظام العام ويعود إلى حجمه الطبيعي الذي كان عليه قبل اجتياحه دور مبدأ سلطان الإرادة في ظل الاشتراكية.

وعلى الرغم من التوسع الذي أصاب مفهوم النظام العام، إلا أنه لم تتحدد له الحدود الواضحة التي يمكن الاستهداء بها في تقرير ما يعد من النظام العام وما لا يعد. لأنه من المتعذر حصر ذلك، ولا مفر من ترك هذه المسألة لتقدير قاضي الموضوع في القضايا الواقعية التي تعرض عليه، خاصة ان المرونة الموجودة في فكرة النظام العام تعطي للقاضي سلطة تقديرية واسعة في تفسير القواعد القانونية وتحديد طبيعتها حتى تكاد أن تجعل منه مشرعاً. ويجب عليه أن يبني تقديره في تصور فكرة النظام العام على تصور الجماعة بأسرها ويستقرئ الأوضاع العامة السائدة في المجتمع من جميع النواحي ويتقيد بما تعارف عليه الناس في هذا الشأن وأن يتجرد من مبدأ إحلال الآراء الشخصية في العدل الاجتماعي محل رأي المجتمع وأن يهتدي بالأفكار السائدة في الجماعة وفي ذات البيئة التي يعيش فيها ويراعي شعور الجماعة بعيداً عن تفكيره الخاص ومُثله العليا الذاتية ومعتقداته وانطباعاته الشخصية. فمهمة القاضي في هذا الصدد لا شك عسيرة، ولكنه بما أوتي من فطنة وحكمة وثقافة قانونية ونفاذ بصيرة ومن ورائه محكمة التمييز، يتمكن من الوصول إلى تقرير المبادئ السليمة التي يقرها المجتمع وترضي الأكثرية الساحقة للأسوياء فيه.

تطبيقات النظام العام في فروع القانون المختلفة:

نظراً لتعذر حصر القواعد القانونية التي تدخل ضمن نطاق النظام العام، فقد استقر الفقه المعاصر على اعتبار قواعد القانون العام وقواعد الأحوال الشخصية وبعض قواعد الأحوال العينية المتعلقة بشكل التصرفات الذي يتطلبه القانون أو المتعلقة بالاقتصاد

الوطني والأمن الاقتصادي وحماية الطرف الضعيف في العقود[1]، وتنظيم الملكية وحماية الغير حسن النية من النظام العام. إلا أنه من أجل أخذ فكرة واضحة عن هذا الموضوع، لا بد من استعراض قواعد فروع القانون المختلفة وبيان مدى تعلقها بالنظام العام وكالآتي:

١- مدى تعلق قواعد فروع القانون العام بالنظام العام:

تعد قواعد القانون العام من النظام العام. لأنها قواعد آمرة أو ناهية تنظم مسائل تتعلق بكيان الجماعة ومصالحها الأساسية وتدخل الدولة طرفاً فيها بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة بهدف حمايتها، ولا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها. وإذا استعرضنا قواعد فروع القانون العام وموضوعاته تتأكد لدينا هذه الحقيقة كالآتي:

أ- **بالنسبة لقواعد القانون الدستوري**، وهي التي تتعلق بكيان الدولة وتحديد شكلها ونظام الحكم فيها وسلطاتها العامة والحقوق والواجبات العامة للأفراد وتتصل بكيان الجماعة في الصميم، فإنها تدخل في نطاق النظام العام ويعد باطلاً كل اتفاق يخالفها. فلا يجوز لسلطة من السلطات العامة في الدولة أن تتنازل عن اختصاصاتها لسلطة أخرى إلا في حدود ما يسمح به الدستور، ولا يجوز لأحد أن يتنازل عن حقوقه السياسية أو الدستورية المنصوص عليها في الدستور للغير ويعد باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك. فمثلاً يعد باطلاً أي اتفاق بشأن الاتجار بأصوات الناخبين أو الاتفاق المتعلق بتقييد حق الشخص في التصويت أو الترشيح أثناء الانتخابات.

وتعد القواعد الدستورية المنظمة للحقوق والحريات العامة التي أوردها الدستور من النظام العام، كالحقوق والحريات الشخصية، مثل حرية الدين وحرية الفكر وحرية العمل وحرية التعليم وحرية التعامل .... إلخ. فمثلاً لا يجوز الاتفاق على تقييد حرية الشخص في معتقداته الدينية أو على استرقاقه. كما لا يصح التعهد بالعمل لدى شخص معين مدى الحياة، أو بالامتناع عن التعبير عن الرأي أو بعدم الزواج وتكوين الأسرة. ولهذا تنص المادة (٤٧) من القانون المدني الأردني على أن: (ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية ولا عن أهليته أو التعديل في أحكامها). ويعد من قبيل النزول عن الحرية الشخصية، التعهد بالخدمة مدى الحياة.

ب- **وبالنسبة لقواعد القانون الإداري**، فإنها ترعى المصلحة العامة للجماعة ونزاهة الموظف وحسن سير العمل في المصالح الحكومية مما يدخلها في نطاق النظام العام ولا يصح الاتفاق على خلافها، لأن كل اتفاق يتعارض مع المصلحة العامة يعتبر باطلاً. فلا

---

(١) كالعامل مثلاً.

يجوز لموظف أن يتنازل عن وظيفته لشخص آخر يتفق معه أو أن يستغل وظيفته، أو أن يتنازل لموظف آخر عن ترقيته أو عن ترفيعه أو عن إجازاته الاعتيادية أو المرضية.

جـ- **وبالنسبة لقواعد القانون المالي،** فإنها أيضاً من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على إعفاء شخص من دفع الضريبة أو الرسوم التي يفرضها القانون، أو على أن يتحمل شخص عبء الضريبة بدلاً عن آخر، أو على سعر آخر غير السعر الإلزامي الرسمي لأوراق النقد...إلخ.

د- **وبالنسبة لقواعد القانون الجنائي** تعد أيضاً من النظام العام ويقع باطلاً كل اتفاق على خلافها، لأن قواعده الآمرة أو الناهية تنظم حق العقاب. فهي دعامة الأمن والاستقرار في الجماعة، وكل اتفاق يتعارض مع القواعد المتعلقة بالأمن العام يعد باطلاً ، مثل الاتفاق على ارتكاب جريمة قتل مقابل مبلغ من النقود أو على تقديم المساعدة في ارتكابها. فمثل هذا الاتفاق لا يعفي القاتل من العقوبة المقررة في القانون لجريمة القتل. وهكذا الأمر بالنسبة لبقية الجرائم كالسرقة والتزوير ..إلخ.

هـ-**وكذلك يعتبر من النظام العام كل ما يتعلق بالنظام القضائي من قواعد قانونية في قانون أصول المحاكمات الجزائية** بخصوص تشكيلات المحاكم الجزائية وولايتها ودرجاتها وقراراتها واختصاصها، فيعد باطلاً كل اتفاق على خلافها أو تعديلها، لأنها تنظم سلطة من السلطات العامة في الدولة.

٢- مدى تعلق قواعد فروع القانون الخاص بالنظام العام :

ولئن كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام أوفر ما تكون في فروع القانون العام، فإن فروع القانون الخاص لا تخلو منها أيضاً ، خاصة بعد أن ازداد تدخل الدولة في تنظيم نشاطات الأشخاص بقواعد قانونية آمرة أو ناهية متعلقة بالنظام العام لإنجاح هذا التدخل، وفي تقييد حرية الأشخاص وسلطان إرادتهم في إبرام العقود وإجراء التصرفات القانونية، فامتدت فكرة النظام العام إلى جوانب من القانون الخاص فضلاً عن القانون العام، سواء أكان ذلك في دائرة روابط الأحوال الشخصية أم في دائرة روابط الأحوال المالية(١).

وبالنسبة للقواعد الشكلية في القانون الخاص، كقواعد أصول المحاكمات المدنية، فكلها من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على خلافها، لأنها تتعلق بسير العدالة والنظام القضائي في الدولة.

أما بالنسبة للقواعد الموضوعية في القانون الخاص، فإن ما يتعلق منها بالأحوال

---

(١) أنظر الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص٢٤٨.

الشخصية والتي تحدد عناصر حالة الشخص وعلاقته بأسرته منذ ولادته حتى وفاته، مثل الأهلية والاسم والدين والزواج والطلاق والنسب والحضانة والوصايا والنفقة والميراث ... إلخ. فكلها من النظام العام لتعلقها بالفرد والأسرة وهما أساس المجتمع، ولا يجوز الاتفاق على خلافها. لأن هذه القواعد لا تهدف إلى حماية الشخص فقط، بل حماية الجماعة التي ينتمي إليها أيضاً. فليس لأحد النزول عن أهليته أو اسمه أو جنسيته لآخر. وليس لأحد أن يتفق مع آخر على خلاف حق الزوج على زوجته من طاعة وحق الزوجة على زوجها من نفقة ومهر ورعاية. ولا يجوز للولي أو الوصي أو القيم تعديل صلاحياته المنصوص عليها في القانون بنفسه، ولا يجوز الاتفاق على تقييد حق الزوجة في المطالبة بالنفقة لنفسها ولأولادها الصغار أو تقييد حق المطالبة بالنفقة بين الأصول والفروع أو بين ذوي الأرحام. ولا يجوز الاتفاق على إعطاء استحقاق للأنثى في التركة أكثر مما هو منصوص عليه في القانون، ولا يصح الاتفاق على التحلل من التزام حضانة الصغير ....إلخ.

فجميع الحقوق والواجبات العائلية بين الزوج والزوجة والأصول والفروع لا يجوز التحلل منها إلا وفقاً للقانون وليس وفقاً للاتفاق الخاص، لتعلقها بالأسرة التي هي خلية المجتمع، أي بكيان الجماعة الاجتماعي.

أما فيما يتعلق بروابط الأحوال المالية (قواعد المعاملات)، فهي في الأصل لا تتعلق بالنظام العام. لأن غالبية القواعد المنظمة لها مكملة أو مفسرة أو مقررة للإرادة وتتعلق بالمصالح الشخصية ويجوز الاتفاق على خلافها. كالقواعد المتعلقة بالبيع والشراء والإيجار والرهن ... إلخ. ولكننا مع ذلك نجد فيها جوانب تتضمن بعض القواعد المتعلقة بالنظام العام. كالقواعد المتعلقة بتنظيم الملكية والائتمان وشكل التصرفات القانونية وحماية الغير حسن النية وحماية الجانب الضعيف في العقود، والبورصات والشركات والبنوك والتسجيل العقاري والعمل والفائدة الاتفاقية ...إلخ، لارتباط كل ذلك بالكيان الاقتصادي للجماعة.

فمثلاً لا يجوز الاتفاق على سعر للفائدة أعلى من السعر الذي ينص عليه القانون، ولا يجوز الاتفاق على مخالفة قانون العمل للانتقاص من حقوق العامل، مثل الحد الأدنى للأجور وساعات العمل والتعويض عن إصابات العمل ....إلخ.

كما أن أكثر قواعد القانون الدولي الخاص يعتبر من النظام العام، كالقواعد المنظمة لتنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي والجنسية ومركز الأجانب. لأنها قواعد آمرة أو ناهية وتدخل الدولة في العلاقة التي تنظمها بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، ولذلك لايجوز الاتفاق على خلافها، كالاتفاق على منح الجنسية أو الإقامة للأجنبي

أو تمكينه من التمتع بالحقوق المقررة للوطني خلافاً لنصوص القانون.

ثانياً : الآداب العامة:

يقصد بالآداب العامة الأصول الأساسية للأخلاق السائدة في جماعةٍ معينة و في وقت معين. أي مجموعة قواعد السلوك التي يجد الناس في كل مجتمع من المجتمعات أنفسهم ملزمين باتباعها طبقاً لناموس أدبي خلقي يسود علاقاتهم الاجتماعية في الحياة، ولا يباح الخروج عليها عن طريق الاتفاقات الخاصة بين الأشخاص. وهذا الناموس الأدبي الخلقي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة والأعراف المستقرة في مجتمع معين وفي وقت معين، وللدين أكبر الأثر في تكييفه. لأن الدين يرسم للإنسان معيار التمييز بين الخير والشر وبين الحسن والقبح. وكل ما يخالف قواعد الآداب يجرح الشعور العام ولا ينتج أي أثر قانوني. فاستئجار دار للدعارة أو للقمار تصرف باطل لا أثر له من الناحية القانونية لمخالفته الآداب العامة[1].

وفكرة الآداب العامة كفكرة النظام العام نسبية ومرنة تختلف باختلاف الزمان والمكان والجماعات وتتأثر بالعوامل الأخلاقية والاجتماعية والدينية[2]، ولذلك يتعذر تحديد وحصر ما يعتبر من الآداب العامة وما لا يعتبر. ففي فرنسا مثلاً لم يكن يسمح للولد غير الشرعي برفع دعوى لإثبات نسبه لأن ذلك كان مخالفاً للآداب العامة، ثم تطور تصور الجماعة في فرنسا لفكرة الآداب العامة من هذه الناحية، فأصبح في الإمكان إثبات النسب بإقامة الدعوى. وفي الدول العربية كان عقد التأمين على الحياة باطلاً لأنه كان مخالفاً للآداب العامة على أساس ان حياة الإنسان لا يجوز أن تكون موضوعاً للتعامل ومحلاً للتعاقد ، ثم تغيرت النظرة إلى ذلك فأصبح التأمين على الحياة من العقود القانونية المشروعة. والتعري ما يزال يعتبر من الأعمال المنافية للآداب العامة في مجتمعاتنا، بينما توجد في الولايات المتحدة الأمريكية مئات النوادي للعراة.

ولصعوبة تحديد فكرة الآداب العامة تحديداً دقيقاً أو تعريفها تعريفاً جامعاً لصورة منضبطة عن ماهيتها، لا يورد المشرع عادة تعريفاً يحدد فيه ما يعتبر من الآداب العامة ويترك تقدير مدى توافق الروابط مع الآداب العامة أو تعارضها للقاضي، الذي عليه أن يستهدئ إلى ما يعتبر من الآداب العامة لا بما يراه هو متفقاً مع اخلاقه الشخصية، بل بما

---

(١) أنظر الأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق- ص٢١٤ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص٢٤٨، والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٩٥ والدكتور عبد الرزاق السنهوري وأحمد حشمت أبو ستيت -المرجع السابق- ص١٦٧.

(٢) أنظر الدكتور حسن كيرة - المرجع السابق- ص٦٧.

يراه متفقاً مع الإحساس العام للجماعة دون أي اعتبار لرأيه الشخصي إن كان مخالفاً للإحساس العام هذا. لأن فكرة الآداب العامة تقوم على تقدير الرأي العام في المجتمع الذي ينتمي إليه القاضي. أي يجب على القاضي أن يطبق مذهباً عاماً في ذلك لا يجرح الإحساس العام في الجماعة، لا مذهباً شخصياً خاصاً. علماً ان قراره بهذا الخصوص خاضع لرقابة محكمة التمييز. ويعتبر كل اتفاق يخالف الآداب العامة باطلاً لا ينتج أي أثر قانوني. فمثلاً كل اتفاق خاص بالمقامرة أو الرهان أو الدعارة يقع باطلاً لتعارضه مع الآداب العامة. وكل اتفاق على قيام علاقات جنسية غير مشروعة يقع باطلاً لأنه مخالف للآداب العامة.

ولا نعني بقولنا: (ان الآداب العامة عبارة عن الأسس الخلقية التي تعد في نظر الجماعة ضرورية لحفظ كيانها ويعتبر الخروج عليها مظهراً من مظاهر الانحلال) كل قواعد الأخلاق. وإنما نعني بذلك فقط قواعدها التي تهدف إلى حماية الأصول الأساسية السائدة في الجماعة[1]. فهناك من القواعد الخلقية ما ليس لها محل للتنظيم القانوني وإنما يستقل بنطاقه عن نطاق القانون، كما هو الأمر بالنسبة لأغلب حالات الكذب. ولذلك لا تشمل الآداب العامة جميع قواعد الأخلاق، وإنما تشمل فقط ما يتصل بالمعيار الأدبي أو الناموس الأدبي الذي تحرص الجماعة على عدم الإخلال به في العلاقات بين الأشخاص في المجتمع.

فقواعد الأخلاق التي اندمجت في القواعد القانونية وقررت الجماعة انه لا يجوز الخروج عليها، تتعلق في نفس الوقت بالناموس الأدبي الذي يسود الروابط الاجتماعية في المجتمع وتعتبر من الآداب العامة ولا يجوز الاتفاق على خلافها. ومن هنا يتضح لنا الصلة الوثيقة التي تربط الآداب العامة بالنظام العام حتى تعد الآداب العامة جزءاً منه وإن كان الفقه قد جرى على التمييز بينهما[2].

وفي الأردن لم يورد المشرع نصوصاً قانونية تحدد ما يدخل في مفهوم هذه الفكرة وما لا يدخل. فمثلاً تنص المادة (٢٩) من القانون المدني الأردني على أنه: (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام تخالف النظام العام أو الآداب في المملكة الأردنية الهاشمية).

وتنص المادة (٤/٨٨) منه على أن: (يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر ليس ممنوعاً في القانون أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب).

---

(١) أنظر الدكتور منصور مصطفى منصور -المرجع السابق- ص٥٥.

(٢) أنظر الدكتور توفيق حسن فرج -المرجع السابق- ص٥٨.

وتنص المادة (٢/١٦٣) منه على أن: (فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً).

وتنص المادة (٢/١٦٤) منه على ما يلي: (يجوز أن يقترن العقد بشرط فيه نفع لأحد العاقدين أو للغير ما لم يمنعه الشارع أو يخالف النظام العام أو الآداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط هو الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً).

وتنص المادة (٢/١٦٥) منه على أن: (ويجب أن يكون السبب موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب).

وتنص المادة (٣٩٧) منه على أن: (يبطل التصرف إذا علق وجوده على شرط مستحيل أو مخالف للآداب أو النظام العام) .... إلخ[1].

المطلب الثاني

تقسيم القانون من حيث الصورة التي يظهر بها إلى (مكتوب وغير مكتوب)

وتصنف القوانين من حيث الصورة التي تظهر بها، أي من حيث ما إذا كانت مفرغة في وثيقة مكتوبة أم لا، إلى قوانين مكتوبة أو مسنونة ترد في نصوص تشريعية مدونة صادرة عن السلطة التشريعية في الدولة وتسمى (القانون المكتوب أو التشريع)، وإلى قوانين غير مكتوبة أو غير مسنونة لا ترد في نصوص تشريعية مدونة صادرة عن السلطة التشريعية في الدولة، بل تنشأ في ضمير الجماعة، وتسمى (القانون العرفي).

وأهمية التفرقة بين القوانين المكتوبة والقوانين غير المكتوبة تظهر بصورة خاصة في التفسير الذي لا يتصور إلا في القوانين المكتوبة نظراً لما قد يشوب عباراتها المكتوبة أو ألفاظها أحياناً من غموض وتعارض وغلط ونقص يحتاج إلى التوضيح وتبديد الغموض وتصحيح الغلط وإكمال النقص ورفع التعارض واستخلاص المعنى الذي قصده المشرع من بين طيات الألفاظ التي تم التعبير بها عن هذا المعنى.

أما القوانين غير المكتوبة، فلا تعدو أن تكون مجرد معنى مستقر في الأذهان دون أن يجيء هذا المعنى في ألفاظ وعبارات خاصة، ولذلك لاتحتاج إلى التفسير لاستخلاص معناها.

---

(١) وقد طبق القضاء المصري فكرة الآداب العامة في حالات كثيرة فقضى ببطلان ايجار واستغلال المنازل للدعارة ولو كانت تلك المنازل مرخصة من جهة الادارة. وقضى أيضاً ببطلان الهبة الصادرة من شخص إلى فتاة بقصد حملها على البدء أو الاستمرار في علاقة جنسية غير مشروعة وقضى أيضاً ببطلان التعهد بدفع مبلغ من المال لقاء ايجاد علاقات جنسية غير مشروعة. وقضى ببطلان التعهد بدين القمار (القرض أثناء القمار لتمكين المقامر من الاستمرار في القمار) (أنظر الدكتور سليمان مرقس -المرجع السابق- ص٦٥).

كما ان القوانين المكتوبة تمتاز بالوضوح والتحديد مما يسهل الرجوع إليها وتطبيقها، عكس القوانين غير المكتوبة التي هي عبارة عن معنى مستقر في الأذهان فيصعب الرجوع إليها ويؤدي تطبيقها إلى الاختلاف عند التثبت من وجودها وتحديد مضمونها[1].

المطلب الثالث

تقسيم القانون من حيث نوعه إلى (موضوعي وشكلي)

وتصنف القوانين من حيث نوعها إلى موضوعي وشكلي. فالقوانين الموضوعية هي التي تضع تنظيماً موضوعياً للروابط الاجتماعية وتحدد الحقوق والواجبات وتتضمن الجزاء المادي الذي يوقع بمن يخالف أحكامها، مثل قانون العقوبات والقانون الإداري والقانون المدني والقانون المالي والقانون التجاري ... إلخ.

أما القوانين الشكلية، فهي التي تبين الأوضاع والإجراءات الواجب اتباعها للوصول إلى الحقوق وأداء الواجبات عن طريق السلطة العامة، مثل قانون أصول المحاكمات المدنية وقانون أصول المحاكمات الجزائية، وقواعد تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي في القانون الدولي الخاص التي تعين المحكمة المختصة والقانون المختص في نزاع مشوب بعنصر أجنبي.

وأهمية هذا التصنيف تظهر في تحديد نطاق سريان القانون من حيث الزمان، إذ أن الأصل في القوانين الشكلية سريانها على الماضي بالنسبة لإجراءات القضايا التي وقعت قبل نفاذه ولم يصدر فيها الحكم النهائي، باعتبار ان القوانين الشكلية الجديدة تكون أصلح للمجتمع وأقدر على حماية حقوق الأفراد وتحقيق العدالة والمصلحة العامة، بينما القوانين الموضوعية، لا تسري على الماضي إلا في حالات استثنائية.

---

(١) أنظر الدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٩٧.

الفصل الثالث

مصادر القانون

بعد أن عرفنا القاعدة القانونية وحددنا معناها وخصائصها، يحسن بنا أن نتابع دراستها في نشوئها وتطبيقها وفنائها ابتداء من الكشف عن كيفية ظهورها إلى حيز الوجود واكتسابها صفة الإلزام، وذلك بدراسة مصادرها ومراحل تشريعها.

فالقاعدة القانونية تتولد نتيجة تجمع وتفاعل عدة عوامل تكون جوهرها ثم تصبها الصياغة الفنية في قالب قابل للتطبيق العملي. فلا بد إذن من توافر جانب الجوهر وجانب الصياغة لهذه العوامل التي تتكون منها مادة القانون، ثم يتوافر لها عنصر الإلزام الذي يكفل احترام القاعدة القانونية ويخرجها من مجرد قاعدة سلوك عادية إلى قاعدة قانونيةملزمة.

وبناء على ذلك نستطيع أن نعرف مصدر القانون بأنه الأصل أو المنبع الذي يستقي منه المشرع جوهر القانون وصفة إلزامه. أي كل أصل من الأصول الواقعية التي تسهم في خلق وتكوين القاعدة القانونية.

فلكل قاعدة قانونية مصدر مادي تستمد منه مادتها (جسمها) ، ومصدر رسمي تستمد منه قوتها (روحها)، فلو حللناها إلى العناصر التي تتكون منها، نجدها تحوي تنظيماً معيناً لشأن من شؤون الجماعة، ويطلق على هذا التنظيم أو العنصر (جسم القاعدة القانونية أو مادتها). وتحوي أيضًا عنصر الإلزام أو الإجبار الذي تضفيه الدولة عليها لتكفل به احترامها ويطلق على هذا العنصر (روح القاعدة القانونية أو رسميتها).

فالقاعدة القانونية التي تحرم القتل تتضمن المنع من القتل وتتضمن الجزاء المادي الحال الذي من شأنه أن يجعلها ملزمة للأشخاص.

وهكذا نجد ان كل قاعدة قانونية تستمد مادتها من معين يحويها ثم تُمَدُ بالروح التي تضفي عليها صفة الإلزام والرسمية، أو بالأصح يمكن القول بأنه لكي تنشأ القاعدة القانونية، لابد من اللجوء إلى مصدرين مستقلين ، نستقي من الأول مادتها ومن الثاني رسميتها، ومن هنا جاء تقسيم مصادر القانون إلى مصادر رسمية، ومصادر مادية.[1]

ولكلمة المصدر هنا معان متعددة تبعاً للجانب أو الناحية التي ينظر إليها من خلال القاعدة القانونية وكالآتي:-

١- فقد تطلق كلمة المصدر ويقصد بها معرفة منبع وأصل العوامل أو المواد الأولية التي اجتمعت وتفاعلت وتكونت منها مادة وجوهر القاعدة القانونية. والعوامل هذه

---

(١) Prof. Dr. Rona Aybay ve prof. Dr. Aydin Aybay-sf 149

قدتكون اقتصادية أو سياسية أو خلقية أو دينية أو ثقافية.... إلخ. فالتوصل إلى ذلك يحدد لنا ما يسمى بالمصدر (المادي) أو (الموضوعي) للقانون.

فالمصدر المادي أو الموضوعي للقانون يراد به مجموع العوامل المختلفة التي تستمد منها القاعدة القانونية مضمون التنظيم الذي تنطوي عليه. أي موضوع هذا التنظيم، أو بالأحرى مجموع الأصول التي تساهم في تكوين القاعدة القانونية، والتي تستمد من الواقع تارة أو من الفكر أو من الوسط الطبيعي أو الاجتماعي تارة أخرى.

ومن اجتماع هذه الأصول وتفاعلها والموازنة بينها، تُستخرج المادة الأولية للقاعدة القانونية. لأن القانون وليد البيئة الاجتماعية، فهو ينشأ ويتطور طبقاً لمقتضيات حاجات الجماعة والعوامل الاجتماعية المختلفة من طبيعية واقتصادية ودينية وسياسية وخلقية وثقافية، ومن ما مرت به الجماعة من ظروف مختلفة وما يسود فيها من تقاليد وأعراف وما تستهدف إليه من آمال ومُثل عليا. فللعوامل الطبيعية مثلاً أثرها في تكوين القاعدة القانونية ويبان ذلك من اختلاف التشريعات في تحديد سن الرشد. ويقود هذا الاختلاف إلى ماهو ثابت علمياً من تأثر النمو البدني والجنسي بعامل المناخ. وكذلك للوسط الاجتماعي دوره في تكوين القاعدة القانونية، إذ أن للآداب والتقاليد السائدة في المجتمع أثرها في خلق وتكوين القاعدة القانونية، لذا نرى مثلاً جماعة تقر تعدد الزوجات وأخرى تنكرها وتبعاً لذلك تبيح القاعدة القانونية تعدد الزوجات في الجماعة الأولى، و تحرمه في الجماعة الثانية، وهكذا يظهر أثر العوامل الاقتصادية والسياسية والخلقية في تكوين القاعدة القانونية .

فظروف التقدم الصناعي مثلاً هي التي فرضت وضع القواعد القانونية المنظمة لعلاقة العامل بصاحب العمل في قانون العمل . فهذه الظروف تعد مصادر مادية لهذه القواعد.

ومن هذا يتبين ان المصادر المادية للقانون هي التي تقدم للسلطة العامة جوهر القاعدة القانونية ومادتها الأولية المتمثلة في نواحي الحياة المختلفة والمبادئ الكامنة في طبيعة الروابط الاجتماعية التي يكشف عنها العقل والمُثل العليا التي تبغي الجماعة تحقيقها ، وتقوم السلطة العامة بصياغة مادة القاعدة القانونية المستمدة من هذه الأصول وتدفع بالتنظيم الذي تتضمنه إلى الوجود ، ولذلك تعرف بـ(المصادر

المادية أو الموضوعية)، أي تلك المصادر التي تستمد منها القاعدة القانونية مضمونها ومادتها . فدور المصادر المادية يقتصر على تهيئة مادة جسم القاعدة القانونية فقط ولا يضفي عليها صفة الإلزام، ولهذا فإن دراستها تدخل ضمن نطاق علم فلسفة القانون أو علم الاجتماع القانوني ولا تدخل ضمن نطاق المدخل إلى علم القانون.

٢- وقد تطلق كلمة المصدر ويقصد بها الأصل التاريخي الذي يستمد منه القانون الوضعي أحكامه، وهذا يحتم بلا شك معرفة واستعراض التطورات والمراحل التاريخية التي مرت بها القاعدة القانونية للوصول إلى معرفة المصادر (التاريخية) للقانون. فمثلاً لما كان القانون المدني الأردني قد استوحى بعض أحكامه من القانون المدني المصري، والقانون المدني المصري قد استوحى أكثر نصوصه من القانون المدني الفرنسي، والقانون المدني الفرنسي قد استوحي من القانون الروماني، فيعد القانون الروماني المصدر التاريخي للقانون المدني الفرنسي، والقانون المدني الفرنسي المصدر التاريخي للقانون المدني المصري، والقانون المدني المصري المصدر التاريخي للقانون المدني الأردني. كما تعتبر أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية مصادر تاريخية للقانون المدني الأردني. ودراسة هذه المصادر أيضًا لا تهمنا لانها من اختصاص علم تاريخ القانون.

٣- وقد تطلق كلمة المصدر ويقصد بها الطريقة أو الوسيلة التي يسترشد بها القاضي والمرجع الذي يستعين به في تفسير القاعدة القانونية عند تطبيقها على مسألة معروضة أمامه، ويحدد به المراد من القاعدة ويرفع عنها الغموض، وهذا يؤدي إلى معرفة (المصادر التفسيرية) للقانون، وهي تشمل الفقه والقضاء. فالمصادر التفسيرية للقانون لا تولد القاعدة القانونية وإنما تفسرها عند تطبيقها.

٤- وقد تطلق كلمة المصدر ويقصد بها معرفة السلطة التي تضفي قوة الإلزام على القاعدة القانونية والطريقة التي تخرجها من مجرد قاعدة سلوك عادية إلى قاعدة قانونية ملزمة، وهذا يؤدي إلى معرفة (المصادر الرسمية) للقانون.

فالمصادر الرسمية للقانون عبارة عن الوسيلة أو الطريقة التي تخرج بها القاعدة القانونية إلى حيز الوجود وتضفي عليها صفة الإلزام لتصبح واجبة التطبيق كقانون وضعي ملزم للناس وتسمى أيضًا بـ(المصادر الشكلية)، لأن القانون عبارة عن مجموعة قواعد يلزم المجتمع أفراده بها، وهو يكتسب قوة إلزامه من إرادة الجماعة ، ولهذا نتساءل: كيف تظهر

هذه الإرادة؟ أو بتعبير أخر كيف نتعرف على ما تريده الجماعة ؟ .

إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي معرفة ما يسمى بالمصادر الرسمية أو الشكلية للقانون التي تضفي على القاعدة القانونية قوتها الملزمة. فهي تسمى بـ (الرسمية) لأن القواعد التي تتولد منها تصبح بمجرد إنفاذها ملزمة للمخاطبين بها بعد ما تعطيها السلطة المختصة قوتها الملزمة، وتسمى بـ (الشكلية) لانها عبارة عن الطريقة أو الوسيلة التي تعبر بها الجماعة عن إرادتها وتجعل لهذه الإرادة شكلاً خارجياً يسهل به التعرف عليها.

فهذا المظهر أو الشكل الخارجي هو الذي يُكسب القانون صفة إلزامه وسطوته ولا ينتهي خلق القانون إلا به ، وان القاعدة القانونية بدونه جسم بلا روح .[1]

والمصدر الرسمي قد يكون أصلياً عندما يتعين على القاضي الرجوع إليه أولاً ومباشرة للتعرف على القاعدة القانونية المراد تطبيقها على المسألة المعروضة أمامه قبل البحث عن أي مصدر أخر ، كالتشريع مثلاً . وقد يكون احتياطياً لا يلجأ إليه القاضي إلا عندما يخلو المصدر الأصلي من قاعدة تحكم المسألة المعروضة أمامه، كالعرف و قواعد العدالة مثلاً.

فالمصادر الرسمية للقانون متعددة ومتنوعة وهي تختلف من حيث المرتبة باختلاف المجتمعات والعصور، إلا أن المصادرالتي تعارف الفقهاء على دراستها وشرحها هي (التشريع والعرف والدين وقواعد العدالة)، وفي بعض البلدان تعدّ أحكام المحاكم من المصادر الرسمية أيضاً. إلا أن الراجح في الوقت الحاضر هو اعتبار القضاء من المصادر التفسيرية للقانون، وان المصدرين العامين اللذين استقرا كمصدرين منشئين رسميين في جميع الشرائع ومعظم العصور هما (التشريع والعرف). أما غيرهما من المصادر، فيتفاوت أثره باختلاف البلدان والأزمنة. ففي العصر الحديث تجعل غالبية الدول التشريع في المقام الأول مصدراً رسمياً أصلياً للقانون، كما في المملكة الأردنية الهاشمية والعراق ومصر وفرنسا ، وفي بعض الدول تعتبر السوابق القضائية في المقام الأول ومصدراً رسمياً أصلياً للقانون، كما في انكلترا ونيوزلنده واستراليا ، و في دولٍ أخرى جعل الدين في المقام الأول مصدراً رسمياً أصلياً للقانون كما في السعودية.

ففي الأردن مثلاً يعد الفقه والقضاء من المصادر التفسيرية للقانون، ويعد التشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف وقواعد العدالة من المصادر

---

(١) انظر الدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق - ص ٨٦ والدكتور على محمد بدير - المرجع السابق - ص ١٤٣- ١٤٤

الرسمية للقانون. لأن القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦ ينص في المادة الثانية منه على ذلك كالآتي:

١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها، ولا مساغ للإجتهاد في مورد النص.

٢- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية.

٣- فإن لم توجد حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة، ويشترط في العرف أن يكون عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب.[1] أما إذا كان العرف خاصاً ببلد معين فيسري حكمه على ذلك البلد.

٤- ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ماذكر.

فالمشرع الأردني جعل التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي للقانون وجعل أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف وقواعد العدالة مصادر رسمية احتياطية، والفقه والقضاء مصدرين تفسيريين للقانون، يسترشد بهما القاضي عند رجوعه إلى المصادر الرسمية للبحث عن الحل اللازم للنزاع المعروض عليه، وهو ملزم بهذا الترتيب.

والقوانين بعد ذلك تختلف في مصادرها، فلكل قانون مصدر أو مصادر خاصة به. فمصدر القانون الجنائي يختلف عن مصادر القانون المدني وعن مصادر القانون الدولي ...إلخ.

وهكذا نلاحظ انه لاتوجد حدود فاصلة تفصل المصادر الرسمية بعضها عن بعض، وقد تنتقل القاعدة من مرتبة إلى أخرى دون أن يؤثر ذلك في صفة إلزامها. فقد يكون المصدر الرسمي لقاعدة قانونية هو العرف ثم ينص المشرع في قانون مكتوب على هذه القاعدة العرفية فتتحول إلى قاعدة قانونية مسنونة ويكون حينذاك مصدر هذه القاعدة القانونية هو التشريع وليس العرف، دون أن يؤثر ذلك في صفتها وقوتها الإلزامية، وإنما يؤثر ذلك في درجة هذا الإلزام.

فالقاعدة العرفية التي تتحول إلى نص تشريعي في قانون وضعي تكون ملزمة في الحالتين، ولكن انتقالها من مرتبة العرف إلى مرتبة التشريع يجعلها ملزمة بالدرجة

---

(١) ان اشتراط المشرع الاردني أن يكون العرف (عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب) زائد، لان المشروط بصورة عامة في العرف الذي يعد مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون هو أن تتوافر فيه هذه الشروط دون حاجة إلى سردها.

الأولى، في حين كانت وهي بمرتبة العرف ملزمة بالدرجة الرابعة، وخير مثال على ذلك انتقال اللقب عرفاً في السابق من الأب إلى الابن والنص على ذلك حالياً في التشريع[1].

وبناء على ماتقدم فإننا سنعالج مصادر القانون الرسمية والتفسيرية بالتعاقب وبشيء من التفصيل في المبحثين التاليين وكالآتي:

المبحث الأول

المصادر الرسمية للقانون

ذكرنا ان المصادر الرسمية للقانون هي المصادر الشكلية التي تخرج بها القاعدة القانونية إلى حيز الوجود لتصبح ملزمة للناس، وعليه فإننا سوف نشرح هذه المصادر بشيء من التفصيل وكالآتي:

المطلب الأول

التشريع

التشريع هو المصدر الرسمي الأصلي الغالب للقانون في عصرنا، إذ يشغل بالنسبة الى مصادر القانون الأخرى مكان الصدارة. فالأغلبية الساحقة من القواعد القانونية تستمد منه وجودها وقوتها في مختلف الدول.

وتفيد كلمة التشريع معنيين، أولهما عملية سن قواعد قانونية مكتوبة واكسابها قوة الإلزام من قبل سلطة مختصة يمنحها الدستور اختصاص إصدار قوانين ملزمة يخضع لها جميع الأشخاص في الدولة، والتشريع بهذا المعنى العام هو ما يعد مصدراً رسمياً للقانون. وثانيهما يعني القواعد القانونية نفسها التي تضعها السلطة التشريعية وفقاً للدستور في الدولة، والتشريع بهذا المعنى الخاص يفيد القانون المكتوب.

فكلمة (التشريع) تستعمل أحياناً بمعنى المصدر أو المعمل الذي ينتج القواعد القانونية وأحياناً تستعمل بمعنى القاعدة أو القواعد القانونية التي تتولد من هذا المصدر أو المعمل، ويمكن معرفة ما إذا كان المقصود هو المعنى الأول أو الثاني من سياق العبارة التي يرد فيها اللفظ.

والتشريع بمعنى المصدر للقانون يحتل اليوم مكان الصدارة في إنتاج القواعد القانونية في معظم الدول عدا الدول[2] الأنجلوسكسونية التي ما يزال القضاء فيها يحتل

---

(١) انظر محمد كمال عبد العزيز- الوجيز في نظرية القانون - القاهرة/ ١٩٦٢- ص٤-١٠ والاستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق- ص ٩٣-٩٦. وكذلك انظر المادة (٣٨) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن : (يكون لكل شخص إسم ولقب ويلحق لقبه بأسماء أولاده).

(٢) ومن هذه الدول انجلترا ونيوزيلندة واوستراليا ...الخ.

مكان الصدارة بالنسبة لمصادر القانون. ولهذا يمكن القول بأن العصر الحديث هو عصر التشريع، عكس العصور القديمة التي كانت تعرف بعصر العرف .فالتشريع أصبح اليوم من أهم مصادر القانون الحديث بعد أن تقلص ظل المصادر الأخرى، وعلى رأسها العرف الذي أصبحت أهميته العملية ضئيلة واقتصر دوره على سد النقص في الأحوال القليلة النادرة التي يسكت فيها التشريع عن حكم للنزاع المعروض أمام القاضي ليس في الأردن فقط، بل في معظم الدول الحديثة.

بينما كان العرف هو الذي يحتل مركز الصدارة ويعد المصدر الرسمي الأصلي في المجتمعات القديمة أمام الضرورات الاجتماعية والظروف المحيطة بها. إذ لم تكن السلطة الحاكمة تجد ضرورة للتدخل في تنظيم العلاقات بوضع قواعد قانونية تشريعية في المجتمع، لأن النفوس كانت قليلة والعلاقات بين الأشخاص في المجتمع محدودة والحياة بسيطة بحيث يكفي العرف لتنظيمها. إلا أنه بتقدم المجتمعات وتطور أسس الحياة وازدياد النفوس وتنوع العلاقات وتعددها بين الأشخاص أصبح العرف قاصراً عن الوفاء بحاجات الجماعة وعن مسايرة قيام الأوضاع الحديثة وتطور نواحي الحياة المختلفة، فقل شأنه وتخلفت مرتبته وتقدم التشريع عليه وتولى مكان الصدارة كمصدر للقانون وذلك للأسباب التالية:-

١- تطور المجتمع أدى إلى تعدد وتنوع ضروب النشاط الاجتماعي والاقتصادي للأشخاص وتضخم حاجاتهم وتعقدها مما دعا إلى ضرورة مواجهة هذا التطور باللجوء إلى التشريع لتوفير القواعد القانونية اللازمة لمواكبة حركة التطور في المجتمع وتنظيم الروابط بين الأشخاص وإزالة التعارض والتضارب بين مصالحهم بغية إقامة العدل الاجتماعي في مختلف نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية. وهكذا أنتج التشريع قوانين متعددة تكفي لمواجهة أوجه النشاط المختلفة في المجتمعات الحديثة.

٢- ظهور الدولة الحديثة وتركز سلطتها واستقرار نفوذها وقوتها حمل السلطة العامة على التدخل في تنظيم روابط الأشخاص في المجتمع بشكل أوسع وهذا التدخل استلزم اللجوء إلى التشريع لإنتاج وتوفير قوانين مختلفة لتحقيق هذه الغاية. فقد غدت الدولة تتدخل في حياة الأشخاص من لحظة الميلاد حتى الوفاة. فالشخص كما قيل بهذا الصدد ، يدخل الحياة بمقتضى شهادة ميلاد من الدولة، ويغادر الحياة بمقتضى شهادة وفاة من الدولة.

٣- سرعة وسهولة سن التشريع بوساطة سلطة تشريعية مختصة في الدولة مكنت المشرع من سن مايشاء من القوانين بكل سهولة وسرعة وحسب متطلبات وظروف الأحوال. كما

مكنته من إلغائها عند زوال دواعيها بنفس السهولة والسرعة. وبذلك أصبح في إمكانه سن قانون ملائم للمجتمع ونسخ قانون غير ملائم فيه بسهولة وسرعة عن طريق التشريع. بينما العرف بطيء في تكوينه وتطوره وإذا استقر فليس من السهل نسخه أو تبديله. وعلى هذا صارت للتشريع منزلة خاصة بين مصادر القانون لأنه يمكن به تحقيق التجديد الذي يتطلبه المجتمع ومعالجة الأوضاع المستحدثة بسهولة ويسر لايتأتيان في غيره من مصادر القانون الأخرى.

٤- يؤدي التشريع إلى وضع قواعد قانونية تتحكم إرادة واعية مدبرة في صياغتها بلغة تكون في العادة سهلة وميسورة وواضحة وتنشر هذه القواعد للجميع بشكل وثيقة مكتوبة، مما يسهل على الأشخاص الرجوع إليها ومعرفة أحكامها وترتيب أمورهم بموجبها حتى أصبح التشريع أداة لتطوير المجتمع، عكس العرف الذي هو في الغالب لايعدو كونه معنى مستقراً في الأذهان دون أن يثبت كتابة، وقد يتولد الشك حول وجوده وتختلف الآراء بشأنه.

٥- يؤدي التشريع في العادة إلى وضع قواعد قانونية لتسري على كل أرجاء البلاد، فيكون القانون واحداً في الدولة ويسري على الجميع دون استثناء أو تمييز وتتحقق بذلك الوحدة القانونية التي هي أساس الوحدة السياسية في الدولة وزيادة التضامن بين الأشخاص في المجتمع ووحدة الأحكام في جميع أجزاء إقليم الدولة، عكس العرف الذي يمكن أن يتعدد ويختلف بحسب المناطق في الدولة الواحدة، وبالتالي يؤدي الى عدم الشعور بالوحدة القانونية المنشودة في البلد الواحد واختلاف الأحكام فيه. ففرنسا مثلاً كانت حتى أواخر القرن الثامن عشر محكومة في أجزائها الشمالية بقواعد عرفية وفي أجزائها الجنوبية بالقانون الروماني إلى أن صدرت في أوائل القرن التاسع عشر تشريعات نابليون التي وحدت القوانين في جميع أجزاء البلاد، وبذلك نجح التشريع في تحقيق الوحدة القانونية في فرنسا. فالدول الحديثة لا تستكمل وحدتها السياسية إلا باستكمال وحدتها القانونية والوحدة القانونية لا تستكمل إلا بوحدة التشريع. وعلى هذا يعد التشريع وسيلة فاعلة في توحيد أجزاء البلاد[1].

عيوب التشريع:

رغم المزايا التي بيناها وذكرنا انها جعلت التشريع يحتل مركز الصدارة بين المصادر

---

(١) انظر الدكتور حسن الخطيب- المرجع السابق- ص ٧٢-٧٤ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- المرجع السابق- ص ١٢١ وعبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه- المرجع السابق- ص١٩٥.

الأخرى للقانون، فإنه لم ينجو من بعض الانتقادات التي وجهت إليه وأهمها مايلي:

١- ان التشريع قد يؤدي إلى وضع قواعد قانونية لا تتماشى مع متطلبات الجماعة ورغبات الأشخاص. ذلك لأن القانون يصدر بوحي من السلطة ويفرض على الأشخاص جبراً، وما تصدره السلطة من تشريع قد لاتريد به الاستجابة لحاجات وأوضاع المجتمع القائمة وإنما قد تصب فيه ماتؤمن به هي من مبادئ، ولهذا من المحتمل أن تسن هذه السلطة تشريعاً يتضمن قواعد لاتطابق حاجة الجماعة ورغبات أفرادها، فلا يلقى القبول عندئذٍ في نفوس المخاطبين به وتكثر مخالفاتهم له، عكس العرف الذي ينشأ ذاتياً تبعاً لحاجات الجماعة ويتطور بتطورها ويتفق دائماً مع رغباتها ولا يحاول الأشخاص مخالفة أحكامه.

٢- ان التشريع قد يأتي بقواعد قانونية ملائمة لرغبات الجماعة إلا أن هذه القواعد قد تتخلف عن مسايرة التطور في المجتمع فتبقى جامدة لا تتطور رغم تغير الظروف التي دعت إلى وضعها عندما يتخلف المشرع عن تغييرها أو تعديلها قصداً أو نسياناً.

٣- قد يتعجل المشرع في سن تشريع جديد فيأتي تشريعه معيباً أو قاصراً أو متعارضاً مع غيره من التشريعات فيضطر عندئذٍ إلى تعديل ما سنه من تشريع، وقد تتلاحق التعديلات الأمر الذي يؤدي إلى زعزعة ثقة الناس بالقانون من جهة والإخلال بالاستقرار الواجب تأمينه للمعاملات في المجتمع بالقانون من جهة أخرى.

ومع ذلك فإن المزايا التي يمتاز بها التشريع لاتقارن بهذه العيوب التي يمكن معالجتها وتجنبها بملاحقة المشرع للتشريع بالتعديل كلما تطلبت حاجة المجتمع مع إحكام صنعه وعدم الاستعجال في سنه، خاصة ان نواب الشعب يشتركون في السلطة التشريعية التي تشرع القوانين وبإمكانهم جعل التشريع ملائماً لظروف الجماعة وحاجات الأشخاص، وملاحقة التطورات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية والسياسية في المجتمع ومواجهتها بتشريعات جديدة تلائم الجماعة مع مراعاة عدم التسرع في تشريعها، ومنع تكرارها ومخالفتها لرغبات الأشخاص بالعناية الفائقة ودقة الصياغة عن طريق أجهزة فنية متخصصة كفوءة، وبذلك يمنع صدور قوانين مخالفة لحاجات الشعب ورغبات أفراده، وتستقر سيادة القانون وتتعزز ثقة الناس بالتشريع.[١]

انواع التشريع وطريقة سن كل نوع :

التشريع كمصدر رسمي للقانون يعني سن قواعد قانونية على صورة نصوص مكتوبة

(١) انظر مؤلفنا- مبادئ القانون-مسحوبة بالرونيو-مؤسسة ومكتبة خدمة العلم - الرياض/ ١٩٧٠ ص ٢٣.

يلتزم الأشخاص بأحكامها، من قبل سلطة مختصة وفقاً للدستور في الدولة.

فالتشريع الذي تضعه السلطة المختصة في الدولة ليس من نوع واحد. لأن اختلاف المسائل التي ينظمها التشريع في المجتمع وتفاوتها في الأهمية، يترتب عليه اختلاف القواعد القانونية وتدرجها في القوة والأهمية بحسب السلطة التي تصدرها وكذلك بحسب موضوعها. وعلى هذا فإن التشريع يصنف إلى أنواع ثلاثة تتدرج كالآتي:

١- **التشريع الأساسي:** وهو مايسمى بالقانون الأساسي أو (الدستور) ويحتل المرتبة العليا.

٢- **التشريع الرئيس أو العادي:** وهو (القوانين) التي تضعها السلطة التشريعية غالباً ويحتل المرتبة الثانية.

٣- **التشريع الفرعي:** وهو التشريع التفصيلي الذي تضعه السلطة التنفيذية لتسهيل تنفيذ أحكام القوانين الصادرة من السلطة التشريعية، أو لتنظيم سير الجهاز التنفيذي، أو للمحافظة على الأمن والسكينة والصحة العامة ويحتل المرتبة الثالثة. ولابد لنا من شرح كل نوع من هذه الأنواع وبيان طريقة سنه بشيء من الإيجاز وكالآتي:

اولا: التشريع الاساسي او القانون الاساسي (الدستور):

ذكرنا ان التشريع الأساسي هو الأعلى قوة ومكانة بين التشريعات الأخرى في الدولة وأكثرها اتصالاً وتعلقاً بحياة الدولة. إذ يحدد شكل الدولة من حيث كون الدولة بسيطة أو مركبة. ويعين نظام الحكم فيها من حيث كونه ملكيا أو جمهورياً، ديمقراطياً أو دكتاتورياً، ويحدد السلطات العامة في الدولة (التشريعية والقضائية والتنفيذية) واختصاصاتها وواجباتها وكيفية ممارسة سلطاتها وعلاقة كل منها بالأخرى وعلاقة الأشخاص بها، ويحدد أيضاً الحقوق والواجبات العامة للأفراد.

فالمواضيع التي يتناولها التشريع الأساسي مهمة وتتعلق بالأسس التي يقوم عليها كيان الدولة، ولذلك يأتي في القمة بالنسبة لبقية التشريعات الأخرى في الدولة ويتمتع عادة بحصانة خاصة ويختلف في المميزات عن التشريعات الأخرى وينحدر من مصدر عال ولايجوز للتشريع العادي أو الفرعي أن يخالف أحكامه. وكل تشريع أدنى يخالفه يعد باطلاً، أما هو فيجوز له أن يخالف أحكام التشريع العادي والتشريع الفرعي، لانه أسمى منهما قوة ومكانة.

ففي المملكة الأردنية الهاشمية ينص الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ في المادة الأولى من الفصل الأول منه على أن المملكة دولة عربية مستقلة ذات سيادة مُلكها لايتجزأ

والشعب الأردني جزء من الأمة العربية ونظام الحكم فيها نيابي ملكي وراثي. وتنص المادة الثانية منه على ان الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية. ويعين الفصل الثاني منه حقوق الأردنيين وواجباتهم العامة ويحدد الفصل الثالث منه السلطات العامة في الدولة واختصاصاتها...إلخ.

والتشريع الأساسي (الدستور) لايخلق الدولة لأنه ليس عنصراً من عناصر قيامها، وإنما هو مظهر من مظاهر وجودها الخارجي . لأن الدولة أقدم من الدستور. فليس من الضروري أن يكون الدستور موجوداً عند نشوء الدولة، وإنما يتم وضع الدستور بعد قيام الدولة واستقرارها ضماناً للحقوق والحريات الأساسية للأفراد.[1]

ويثور جدل فقهي حول ما إذا كانت قواعد التشريع الأساسي هي قواعد قانونية بالمعنى الصحيح أم لا، وذلك بسبب عدم توافر الجزاء المادي فيها. وفي الحقيقة ان قواعد القانون الدستوري هي قواعد قانونية ملزمة واحترامها واجب في الدولة وان مخالفتها تؤدي إلى سخط الرأي العام وغضب الشعب وهذا جزاء له الأثر الفعال في كفالة احترامها.

طرق سن التشريع الاساسي (الدستور) وتعديله :

تختلف طريقة سن التشريع الأساسي (الدستور) المكتوب والسلطة التي تتولى وضعه باختلاف الأوضاع السياسية في المجتمع، إلا أنه يصدر عادة بواحدة من أربع طرق هي:

١- بمنحة من السلطان للشعب :

فقد ينشأ الدستور في بعض الحالات بمنحة من (السلطان) لشعبه ملكاً كان أو امبراطوراً، وهذا ماحدث في الأزمنة الغابرة، حيث صدرت دساتير دول عديدة في صورة منحة من الحاكم صاحب السلطة المطلقة في الدولة للشعب، كالدستور الفرنسي الذي منحه لويس الثامن عشر للشعب الفرنسي عام ١٨١٤م بعد سقوط نابليون، والدستور الإيطالي الذي منحه الملك شارل البرت في سردينيا عام ١٨٤٨م، والدستور العثماني الذي منحه السلطان عبد الحميد عام ١٨٧٦م، والدستور الياباني الذي منحه الإمبراطور عام ١٨٨٩، والدستور الروسي الذي منحه القيصر عام ١٩٠٦م.[2]

---

(١) انظر الدكتور مصطفى كامل- شرح القانون الدستوري- القاهرة/١٩٢٨ص ٤٠ والدكتور حسن الخطيب- المرجع السابق- ص ٧٨ والدكتور محمد علي آل ياسين- المبادئ الدستورية العامة- الطبعة الأولى- بيروت/١٩٧٢-ص٢٨-٢٩و

prof.Dr.Rona Aybay ve prof.Dr.Aydin Aybay .sf 49.

(٢) انظر- صبحي محمصاني- الدستور والديمقراطية- بيروت/١٩٥٢-ص٧٣ وكيتيل- العلوم السياسية. الجزء الثاني- ترجمة الدكتور فاضل محمد زكي- بغداد/١٩٦٠- ص١٦ والدكتور عثمان خليل عثمان- القانون الدستوري- الكتاب الأول- القاهرة/١٩٥٦- ص١٩ ومؤلفنا - مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الثاني - المرجع السابق - ص ١٥.

٢- بميثاق او عقد بين الشعب وصاحب السلطة :

وقد ينشأ الدستور بعقد أو ميثاق بين السلطان والشعب، فيكون وليد الاتفاق ويعلن فيه السلطان تقيده به، كما حصل في إنكلترا عندما تم الاتفاق بين الملك جون وبين ممثلي الأعيان ورجال الدين والعوام عام ١٢١٥م على بعض الأسس الدستورية في الوثيقة الكبرى (العهد الأعظم) وهذه الوثيقة تعد اليوم الجزء المكتوب من الدستور الانكليزي. وكذلك الدستور العثماني الذي أعاد السلطان عبد الحميد العمل به عام ١٩٠٨ على أثر حركة حزب تركيا الفتاة.[١]

٣- عن طريق جمعية تأسيسية منتخبة من الشعب :

وقد ينشأ الدستور عن طريق هيئة أو جمعية تأسيسية تنتخب من قبل الشعب لتقوم بسن الدستور عند تأسيس الدولة أو عند إصدار دستور جديد للبلاد، تسمى (جمعية وطنية) أو (جمعية تأسيسية) أو (مجلس تأسيسي)، وهي الطريقة الديمقراطية المُثلى لتقرير مبدأ سيادة الشعب في نشأة الدستور وتسيير أمور الدولة. ومن الأمثلة على ذلك
دستور الولايات المتحدة الأمريكية الذي وضعته الجمعية الوطنية في فيلادلفيا عام١٧٨٧م بعد استقلالها والدستور البلجيكي لعام ١٨٣١م والدستور الفرنسي لعام ١٨٧٥م والدستور النمساوي لعام ١٩٢٠م [٢].

وفي الأردن وضعت لجنة خاصة لائحة (القانون الأساسي) الذي صدر في ١٦ نيسان ١٩٢٨ بعد نجاح الثورة العربية الكبرى وأقره مجلس الوزراء وصادق عليه سمو الأمير عبد الله بن الحسين ثم افتتح سموه أول مجلس تشريعي منتخب في شرق الأردن بتاريخ ٢ نيسان ١٩٢٩م، ثم وُضِعَ دستور عام ١٩٤٦م الذي ألغي و أحل محله دستور عام ١٩٥٢م.

٤- بالاستفتاء الشعبي:

يتم وضع مشروع الدستور في هذه الحالة من قبل جمعية تأسيسية ابتداء أو من قبل هيئة معينة ثم يعرض على الشعب بطريقة الاستفتاء العام لأخذ رأيه في إقراره أو رفضه، ومن الأمثلة على ذلك، الدستور الفرنسي لعام ١٩٤٦م والدستور الإيطالي لعام ١٩٤٨م ودستور الجمهورية العربية المتحدة لعام ١٩٥٦م والدستور الروسي لعام ١٩٩٣م والدستور البولوني لعام ١٩٩٧م.

---

(١) انظر عبده عويدات- النظم الدستورية في لبنان والبلاد العربية/ بيروت ١٩٥٤- ص٤٨ ومؤلفنا- المرجع السابق - ص ١٥٢.

(٢) انظر مؤلفنا- المرجع السابق- ص ١٥٤.

انواع الدساتير وطرق تعديلها :

تصنف الدساتير من حيث طريقة تعديلها إلى (مرنة) و (جامدة). فالدستور (المرن) هو الذي لايحتاج تعديله إلى إجراءات خاصة صعبة، وإنما يعدل بنفس الإجراءات التي تعدل بها القوانين العادية. ومن مزايا هذا النوع من الدستور انه يساير التطور الاجتماعي والسياسي لسهولة تعديله، ولهذا فهو لايختلف عن التشريع العادي إلا في نوع الأحكام التي ترد فيه، مثل الدستور البريطاني.

أما الدستور (الجامد) فهو الذي يحتاج تعديله إلى إجراءات خاصة صعبة أشد من إجراءات تعديل القوانين العادية. لأن الدستور يعلو على اختصاص السلطة التشريعية العادية ولابد من اتباع إجراءات خاصة في تعديله، كاشتراط قيام نفس الهيئة التي شرعته بتعديله أو عن طريق هيئة خاصة تقوم بالتعديل غير الهيئة المنوط بها تعديل القوانين العادية، أو اشتراط أغلبية خاصة أو إجراءات معينة لتعديله غير الإجراءات التي تتبع عادة في تعديل التشريع العادي. وفائدة التشدد في إجراءات تعديل أحكام الدستور الجامد هي تأمين استقرار المبادئ الأساسية الدستورية ومنع تعرضها للتغيير والتبديل تبعاً للأهواء السياسية. فصعوبة إجراءات تعديل الدستور تعطيه صفة الجمود، مثل الدستور الأردني والدستور المصري والدستور الفرنسي[1]، وكذلك الدستور الأردني الذي يتطلب تعديله وفقاً للمادة (١٢٦)منه إقرار التعديل بأكثرية الثلثين من أعضاء كل من مجلسي الأعيان والنواب . وفي حالة اجتماع المجلسين يشترط لإقرار التعديل أن تجيزه أكثرية الثلثين من الأعضاء الذين يتألف منهم كل مجلس وفي كلتا الحالتين لايعد التعديل نافذ المفعول مالم يصادق عليه جلالة الملك، ولايجوز إدخال أي تعديل على الدستور مدة قيام الوصاية بشأن حقوق جلالة الملك ووراثته.

وتصنف الدساتير من حيث مصدرها إلى (مكتوبة)و(غير مكتوبة أو عرفية). فالدستور (المكتوب) هو الذي يفرغ المشرع أحكامه في وثيقة رسمية مكتوبة، ودساتير

---

(١) بالنسبة لتفاصيل أنواع الدساتير وطريقة تعديلها راجع الأستاذ عبد الباقي البكري والدكتور علي محمد بدير وزهير البشير - المدخل لدراسة القانون-مطابع دار الكتب والنشر في جامعة الموصل/١٩٨٢-ص٦٢ والدكتور محمد سامي مدكور-المرجع السابق-ص٦٥ والدكتور عبدالله اسماعيل البستاني-مذكرات أولية في القانون الدستوري-مطبعة الرابطة-بغداد/١٩٥١-ص٢٣٣-٢٤١ .

أغلب الدول من هذا النوع، كالدستور الفرنسي.

أما الدستور (غير المكتوب أو العرفي) فهو الذي لا تكون قواعده مكتوبة ومسجلة في وثيقة رسمية ولا يضعها المشرع وإنما ينشأ عن طريق العرف الذي يستقر عملياً ويثبت في أذهان الناس ويكتسب صفة الإلزام مع الزمن عن طريق الأحكام القضائية، كالدستور البريطاني الذي نما تدريجياً أثناء تاريخ إنكلترا الطويل وما يزال في معظمه عرفياً مع إمكان تعديل أحكامه من قبل البرلمان البريطاني الذي يملك بالأكثرية المطلقة حق وضع أو تعديل ما يشاء من القواعد الدستورية أو العادية على حد سواء[1] .

ثانياً : التشريع الرئيس (او العادي (القوانين) وطريقة سنه:

يلي التشريع الأساسي في القوة والمكانة والأهمية التشريع الرئيس أو العادي، وهو عبارة عن القواعد التشريعية التي تضعها السلطة التشريعية استناداً إلى السلطة المخولة لها بموجب الدستور لتنظيم الروابط في المجتمع، ويشمل جميع القوانين العادية التي لا تتعلق بالنظام الأساسي للدولة، ولذلك يجب أن تكون هذه القوانين خاضعة وموافقة للدستور موضوعاً وشكلاً . فإذا خالفت أو تعارضت معه موضوعاً أو شكلاً تعد غير دستورية . وقد جرت العادة على إطلاق لفظ (القانون) على التشريع العادي أو الرئيس بالمعنى الضيق لهذه الكلمة للتفريق بينه وبين التشريع الفرعي الذي يشمل الأنظمة والتعليمات والقرارات. ويتعين على السلطة التشريعية أن تتبع في سن التشريع العادي الإجراءات المنصوص عليها في التشريع الأساسي (الدستور). لأن دستور كل دولة يرسم الطريقة التي يجب اتباعها عند سن القانون العادي بالنص على إجراءات معينة إذا لم تتبعها السلطة التشريعية في إصدارها لتشريع عادي، يعد ذلك التشريع غير دستوري من حيث الشكل .

فالسلطة التي تقوم بسن التشريع العادي عبارة عن الهيئة التي تمارس وظيفة سن القواعد القانونية في حدود اختصاصها المبين في الدستور وهذه الهيئة قد يطلق عليها اسم (البرلمان) كما في بريطانيا وفرنسا أو (مجلس الأمة) كما في الأردن أو (المجلس الوطني)

---

(١) انظر الرقابة على دستورية القوانين للدكتور السيد صبري-منشور في مجلة القضاء، العدد الخامس تشرين الثاني وكانون الأول سنة ١٩٥٨-ص٦٤٨ والدكتور نوري لطيف-القانون الدستوري-المبادئ والنظريات العامة-الطبعة الأولى-دار الحرية للطباعة-بغداد/١٩٦٧-ص١٩٢ وما بعدها والاستاذ عبد الرحمن البزاز-المرجع السابق -٢٤٧.

كما في العراق أو (الكونغرس) كما في الولايات المتحدة الأمريكية أو (مجلس الدوما) كما في روسيا.

وقد تتكون هذه الهيئة من مجلس واحد، مثل (المجلس الوطني) في العراق، أو من مجلسين (نواب وأعيان) كما في الأردن[1]، أو (نواب وشيوخ) كما في تركيا والولايات المتحدة الأمريكية، أو(لوردات وعموم) كما في إنكلترا، أو (جمعية وطنية وشيوخ) كما في فرنسا.

فإذا ضمت الهيئة مجلسين، انتخب الشعب أعضاء أحدهما ويطلق عليه أسم (مجلس النواب)[2] أو (مجلس العموم) أو (الجمعية الوطنية) أو أية تسمية أخرى .

أما المجلس الآخر فقد ينتخب الشعب بعض أعضائه ويعين رئيس الدولة البعض الآخر منهم، أو يستأثر رئيس الدولة باختيارهم جميعاً بحسب أحكام الدستور،[3] وتطلق عليه تسميات مختلفة، كمجلس الشيوخ أو مجلس اللوردات أو مجلس الأعيان.

وقد تنص الدساتير على إشراك رئيس الدولة ملكاً كان أم رئيس جمهورية في السلطة التشريعية وتعطيه حق تصديق القوانين و الاعتراض عليها .

مما سبق يتضح لنا ان الإجراءات المنصوص عليها في الدساتير تجعل عادة التشريع العادي لا يصدر ولا يصبح نافذ المفعول إلا بعد مروره بمراحل وإجراءات محددة في الدستور يستكمل خلالها وجوده.فهو يمر في ظل النظام البرلماني عند سنه بمراحل تشريعية تقوم بها السلطة التشريعية ومراحل تنفيذية تقوم بها السلطة التنفيذية.

كيف يجري التشريع خاصة في الاردن ؟

للسلطة التشريعية في كل دولة حق وضع القوانين وتعديلها وإلغائها . وإذا كان الأصل ان السلطة التشريعية هي التي تتولى سن التشريع العادي إلا أنه من الجائز أن تحل السلطة التنفيذية محلها في سنه على سبيل الاستثناء في حالتين هما :-

١- **حالة الضرورة:** كما لو وقعت في فترة حل مجلس الأمة وفيما بين أدوار انعقاده

---

(١) تنص المادة (٦٢) من الدستور الأردني على أن : (يتألف مجلس الامة من مجلسين :مجلس الأعيان ومجلس النواب).

(٢) تنص المادة (٦٧) من الدستور الأردني على أن :(يتألف مجلس النواب من أعضاء منتخبين انتخاباً عاماً سرياً ومباشراً وفقاً لقانون الانتخاب).

(٣) تنص المادة (٣٦) من الدستور الأردني على أن :(الملك يعين أعضاء مجلس الاعيان ويعين من بينهم رئيس مجلس الأعيان ويقبل استقالتهم).

أحداث تقتضي الاسراع في اتخاذ التدابير أو الحلول لمواجهتها عن طريق قرارات لها قوة القانون، تسمى (تشريع الضرورة)[1]. فبموجب المادة(٩٤) المعدله من الدستور الأردني عندما يكون مجلس الأمة غير منعقد أو منحلاً يحق لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع قوانين مؤقتة في الأمور التي تستوجب اتخاذ تدابير ضرورية لا تحتمل التأخير أو تستدعي صرف نفقات مستعجلة غير قابلة للتأجيل ويكون لهذه القوانين المؤقتة التي يجب أن لا تخالف أحكام الدستور قوة القانون على أن تعرض على مجلس الأمة في أول اجتماع يعقده، وللمجلس أن يقر أو يعدل أو يرفض هذه القوانين. فإذا رفضها، يجب على مجلس الوزراء بموافقة الملك أن يعلن بطلانها فوراً ومن تاريخ ذلك الإعلان يزول مفعولها، على أن لا يؤثر ذلك في العقود والحقوق المكتسبة في ظلها. وإذا أقرها معدلاً أو غير معدل، يصدر رئيس مجلس الوزراء إعلاناً ينشر في الجريدة الرسمية يفيد بأنه عملاً بأحكام المادة (٩٤) من الدستور أحيل القانون المؤقت إلى مجلس الأمة فوافق عليه وبذلك أصبح قانوناً عادياً ثابتاً.

٢- **حالة التفويض أو التخويل**: وتحصل عندما تقوم السلطة التنفيذية بإصدار مراسيم لها قوة القانون بتخويل من السلطة التشريعية في حدود مسائل معينة وفترة محددة في التخويل بدافع من الرغبة في إحاطة التشريع بالسرية قبل إصداره . ويسمى هذا النوع من التشريع الاستثنائي بـ(تشريع التفويض أو التخويل)،[2] ولم ينص الدستور الأردني على هذا النوع من التشريع وان أشارت إليه دساتير أجنبية.

وفي المملكة الأردنية الهاشمية تتكون السلطة التشريعية من مجلس الأمة وجلالة الملك ويتألف مجلس الأمة من مجلسي الأعيان والنواب، فيجب أن يمر تشريع القانون في المجلسين وأن يصدق عليه جلالة الملك ويأمر بإصداره وينشر في الجريدة الرسمية حتى يصبح ملزماً [3]، ويتم ذلك بالشكل التالي:

اولاً : مرحلة الاقتراح والتحضير:

تبدأ هذه المرحلة باقتراح مشروع القانون من قبل الحكومة أو من فريق من أعضاء أحد مجلسي الأمة ثم تحضيره من قبل ديوان التشريع في رئاسة مجلس الوزراء وتقديمه إلى

---

(١) انظر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي- المرجع السابق-ص١٢٩ والدكتور محمد علي إمام- محاضرات في نظرية القانون-القاهرة /١٩٥٣-ص٢٢٦ والدكتور حسن الخطيب-المرجع السابق-ص٩٧ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير-المرجع السابق-ص٩١ .

(٢) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز-المرجع السابق-ص١٧١

(٣) تنص المادة (٢٥) المعدلة من الدستور الأردني على أن:(تناط السلطة التشريعية بمجلس الامة والملك ويتألف مجلس الامة من مجلسي الاعيان والنواب).

مجلس الأمة. فإذا كان اقتراحه من الحكومة يسمى عندئذٍ (لائحة بقانون) أو (مشروعاً بقانون)، وإذا كان اقتراحه من فريق من أعضاء أحد مجلسي الأمة يسمى حينذاك (اقتراحاً بقانون). إذ أجاز الدستور لعشرة على الأقل من أعضاء أي من مجلسي الأعيان أو النواب أن يقترحوا القوانين، ويحال كل اقتراح إلى اللجنة المختصة في المجلس الذي ينتمي إليه الفريق المقترح لإبداء الرأي فيه. فإذا رأى هذا المجلس قبول الاقتراح أحاله إلى الحكومة لوضعه في صيغة مشروع قانون وتقديمه لمجلس الأمة [1] في الدورة نفسها أو في الدورة التي تليها [2].

فالحكومة هي التي تقوم بإعداد لائحة المشروع في كلتا الحالتين وصبها في قالب عملي قابل للتطبيق وملاحظة عدم تعارضها مع أحكام الدستور والقوانين المرعية الأخرى عن طريق جهازها الفني المختص بإعداد لوائح القوانين المتمثل في ديوان التشريع برئاسة مجلس الوزراء. ثم تقدمها إلى مجلس النواب أولاً عن طريق رئيس مجلس الوزراء، ويحيلها رئيس مجلس النواب بدوره إلى اللجنة القانونية في المجلس لغرض دراستها وتقديم تقرير مفصل عنها مشفوعاً بالملاحظات والمقترحات ثم تدرج مناقشتها في منهاج جلسات المجلس وبذلك تنتهي مرحلة الاقتراح والتحضير.

ثانياً: مرحلة المناقشة والتصويت:

في الجلسة المخصصة لمناقشة مشروع القانون في مجلس النواب تعرض لائحة المشروع للمناقشة وإبداء الرأي فيها بكل موادها . والأصل ان لأعضاء مجلس النواب الحق في التقدم أثناء المناقشة باقتراح ما يرونه من تعديلات في نصوص المشروع ولهم ملء الحرية في التكلم و إبداء الرأي في حدود النظام الداخلي للمجلس، ولا يجوز مؤاخذة العضو بسبب أي تصويت أو رأي يبديه أو خطاب يلقيه في أثناء جلسات المجلس . [3]

وبعد إجراء المناقشة تؤخذ الأصوات عليه مادة مادة. فاذا أقر بأكثرية أصوات الأعضاء الحاضرين ما عدا الرئيس الذي عليه أن يعطي صوت الترجيح عند تساوي الأصوات، أي بموافقة أكثر من نصف الأعضاء الحاضرين ولو بصوت واحد [4]، تنتهي

---

(١) تنص المادة (٩١) من الدستور الأردني على ان : (يعرض رئيس الوزراء مشروع كل قانون على مجلس النواب ... الخ).

(٢) انظر المادة (٩٥) من الدستور الأردني .

(٣) انظر المادة (٨٧) من الدستور الأردني .

(٤) تنص الفقرة(٢) من المادة (٨٤) من الدستور الأردني على ان :(تصدر قرارات كل من المجلسين بأكثرية أصوات الأعضاء الحاضرين ما عدا الرئيس إلا اذا نص هذا الدستور على خلاف ذلك وإذا تساوت الأصوات فيجب على الرئيس أن يعطي صوت الترجيح).

مرحلة التصويت في مجلس النواب .

أما إذا لم يقر بهذه الأكثرية، فإنه يعد مرفوضاً . ولما كانت الدولة تتبع نظام المجلسين (الأعيان والنواب)، فإن المشروع يرسل إلى المجلس الثاني (مجلس الأعيان) بعد إقراره من مجلس النواب لمناقشته والتصويت عليه بنفس الإجراءات التي ذكرناها. فإذا أقره مجلس الأعيان أيضاً بأكثرية أصوات الأعضاء الحاضرين، ما عدا الرئيس الذي إذا تساوت الأصوات، عليه أن يعطي صوت الترجيح، تنتهي مرحلة المناقشة والتصويت ويرفع المشروع إلى جلالة الملك للتصديق.

وإذا رفض أحد المجلسين المشروع مرتين وقبله المجلس الآخر معدلاً أو غير معدل يجتمع المجلسان في جلسة مشتركة برئاسة رئيس مجلس الأعيان[1] لبحث المواد المختلف فيها ويشترط لقبول المشروع أن يقره مجلس الأمة في الجلسة المشتركة بأكثرية ثلثي الأعضاء الحاضرين[2] وإذا رفض المجلس المشروع بهذه الأكثرية لا يقدم إليه مرة ثانية في الدورة نفسها.

ثالثاً : مرحلة التصديق:

لا يكفي لإصدار التشريع العادي مجرد إقراره من مجلس الأمة، بل يجب إرسال مشروع القانون إلى جلالة الملك لتصديقه بالتوقيع عليه. فكل مشروع قانون أقره مجلسا الأعيان والنواب يرفع إلى جلالة الملك للتصديق عليه، لأنه شريك في السلطة التشريعية وعملية التشريع.[3]

فإذا قام بتصديقه خلال ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه يكتسب المشروع صفة القانون الجاهز للإصدار لا للسريان والإلزام، وتنتهي مرحلة التصديق .

و في حالة عدم إعادة جلالة الملك مشروع القانون مصدقاً خلال ستة أشهر من تاريخ رفعه إليه، فإنه يعتبر بحكم المصدق .

أما إذا لم ير جلالة الملك ضرورة التصديق على مشروع القانون، فله في غضون ستة أشهر من تأريخ رفعه إليه أن يرده إلى مجلس الأمة مشفوعاً ببيان أسباب عدم التصديق. وفي هذه الحالة إذا رد مشروع القانون خلال المدة المذكورة وأقره مجلسا الأعيان والنواب مرة ثانية بموافقة ثلثي الأعضاء الذين يتألف منهم كل من المجلسين يصبح مصدقاً ويجب

---

(١) تنص الفقرة (٢) من المادة (٨٩) من الدستور الأردني على انه : (عندما يجتمع المجلسان معاً يتولى الرئاسة رئيس مجلس الأعيان).

(٢) انظر المادة (٩٢) من الدستور الأردني .

(٣) المادة (٩٣ /١) من الدستور الأردني.

إصداره – وهذه هي الديمقراطية البرلمانية الصحيحة – لأن اعتراض جلالة الملك على مشروع القانون بعد إقراره من قبل مجلس الأمة لا يؤدي إلى إسقاطه وإنما يؤخر تشريعه بعض الوقت فقط لحين إقراره ثانية من مجلس الأمة .

أما إذا لم تحصل أكثرية الثلثين على إقراره في كلا المجلسين، فلا يجوز إعادة النظر فيه خلال تلك الدورة، وإنما يمكن لمجلس الأمة أن يعيد النظر في المشروع المذكور في الدورة العادية التالية [1].

رابعاً: مرحلة النفاذ :

يكتمل الوجود القانوني للتشريع بتمام المراحل التشريعية الثلاث التي ذكرناها ويكتسب عنصر الإلزام من مصدره الرسمي. غير ان الوجود القانوني للتشريع لا يكفي لنفاذه، أي خروجه إلى حيز التطبيق وإلزام الجميع باتباعه واحترام قواعده، وإنما ينبغي لنفاذه ووجوب العمل به أن يجتاز مرحلتين أخريين، هما مرحلة (الإصدار) ومرحلة (النشر). فإذا اجتاز التشريع هاتين المرحلتين يفترض علم الجميع به ووجب الخضوع لأحكامه .

فمرحلة النفاذ المتكونة من الإصدار والنشر ليست تشريعية ، لأن السلطة التشريعية لا تقوم بها ، بل تقوم بها السلطة التنفيذية، وكالآتي:

١- الإصدار:

الإصدار لازم لنفاذ كل أنواع التشريع، فهو لازم لنفاذ التشريع الأساسي والتشريع العادي والتشريع الفرعي على السواء. وهو عمل تقوم به السلطة التنفيذية عندما يعلن رئيس الدولة ملكاً كان أو رئيس جمهورية باعتباره الرئيس الأعلى للسلطة التنفيذية وجود القانون الجديد ويكلف أجهزة السلطة التنفيذية بجعل هذا القانون تشريعاً من تشريعات الدولة ووضعه موضع التنفيذ. فالإصدار إذن إجراء يراد به تسجيل ولادة التشريع وإعلانه من قِبَل السلطة التنفيذية ويتضمن أمرين:

أ – إثبات وجود التشريع: فالسلطة التنفيذية بإصدارها التشريع الجديد تشهد أن هذا التشريع قد تم وضعه على النحو الذي يتفق مع أحكام الدستور. فإذا كان سن التشريع بمثابة ميلاده، فان إصداره يكون بمثابة شهادة الميلاد التي تكتب عادة لكل مولود جديد، ويثبت به تسجيل التشريع الجديد في مواجهة من له علاقة به ووضعه موضع التنفيذ

(١) انظر الفقرة (٣) و(٤) من المادة (٩٣) من الدستور الأردني .

باعتباره تشريعاً من تشريعات الدولة.[1]

ب- أمر رئيس السلطة التنفيذية إلى الهيئات التنفيذية الأدنى وتكليفها بتنفيذ أحكام التشريع. لأن السلطة التشريعية لاتملك حق تكليف رجال السلطة التنفيذية بتنفيذ القانون الذي أصدرته بسبب مبدأ الفصل بين السلطات. وعليه لابد من صدور الأمر بتنفيذ التشريع من الرأس الأعلى للسلطة التنفيذية. فالإصدار حق للسلطة التنفيذية عندما تقوم به، وواجب عليها في نفس الوقت ولا يجوز لها أن تحجم عن إصدار قانون سنته السلطة التشريعية ووضعه موضع التنفيذ. لأنها إن فعلت ذلك، فإنها تسبب في تعطيل تنفيذ هذا القانون، وليس هذا من وظيفتها. فضلاً عن ان امتناعها هذا يتضمن الاعتداء على السلطة التشريعية[2]. لأن السلطة التشريعية تقوم بوضع القوانين وتدفعها إلى السلطة التنفيذية لتتخذ الإجراءات اللازمة لإنفاذها. فالسلطة الأولى تختص بسن التشريع والثانية بجعله نافذاً. ولذلك قيل ان وظيفة السلطة التنفيذية هي تنفيذ القوانين ووظيفة السلطة التشريعية هي تشريع القوانين بحسب مبدأ الفصل بين السلطات. فرئيس الدولة ملكاً كان أو رئيس جمهورية هو الذي يأمر بإعلان ولادة التشريع الجديد رسمياً وإنفاذه بوصفه رئيساً للسلطة التنفيذية ،[3] وهذا ما تنص عليه المادة (٣١) من الدستور الأردني بقولها : (الملك يصدق على القوانين ويصدرها ...) .

والأصل ان أمر الملك بالتنفيذ يحصل بمجرد تصديقه على القانون ، ولهذا ترد صيغة التصديق والأمر بالتنفيذ في نفس الوقت ونفس القانون . فالملك يقوم بالتصديق على القانون كعمل تشريعي بصفته شريكاً للسلطة التشريعية في عملية التشريع . ويقوم بإصداره والأمر بتنفيذه كعمل تنفيذي بصفته رئيساً للسلطة التنفيذية وكالآتي: (نحن الحسين الأول ملك المملكة الأردنية الهاشمية بمقتضى المادة (٣١) من الدستور وبناء على ما قرره مجلسا الأعيان والنواب نصادق على القانون الآتي ونأمر باصداره وإضافته إلى قوانين الدولة). و يأتي أمر تكليف أجهزة السلطة التنفيذية بتنفيذه في آخر القانون وبمادة منفردة على الوجه التالي: (رئيس الوزراء والوزراء مكلفون بتنفيذ أحكام هذا القانون).

---

(١) انظر الدكتور رمضان ابو السعود- المدخل الى القانون وبخاصة المصري واللبناني- الدار الجامعية -الاسكندرية/ ١٩٨٦-ص١٥٧ والدكتور محمود جمال الدين زكي- دروس في مقدمة الدراسات القانونية- القاهرة/ ١٩٦٤ص٨٤ والدكتور سليمان مرقس- المرجع السابق ص١٨٨.

(٢) انظر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي- المرجع السابق- ص ١٣٤ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- المرجع السابق- ص١٢٦ والدكتور علي محمد بدير- المرجع السابق- ص ١٤٧ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق- ص ٩٧.

(٣) تنص المادة (٢٦) من الدستور الأردني على ان: (تناط السلطة التنفيذية بالملك ويتولاها بواسطة وزرائه وفق أحكام هذا الدستور).

٢- النشر :

النشر عملية مادية هدفها إحاطة جميع الأشخاص علماً بولادة القانون الجديد ونفاذه ووجوب احترامه. لأنه إذا كان الإصدار لازماً كشهادة لإثبات ميلاد القانون رسمياً، إلا أنه لا يكفي لتمام نفاذه والعمل به ما لم ينشر للجميع ويحل التاريخ المحدد لنفاذه[1]. فالعمل بالقواعد القانونية يقتضي عقلاً وعدلاً علم المخاطبين بوجودها ومضمونها حتى يوجهوا سلوكهم بمقتضاها. خاصة ان القانون يحمل بين طياته الجزاء المادي الذي يعاقب به كل من يخالف أحكامه ومن العدل إذن تعليق تطبيق التشريع على نشره حتى تتاح للأشخاص فرصة العلم به ومن ثم مساءلتهم عن عدم الالتزام بأحكامه وفرض الجزاء عليهم في حالة مخالفتهم له. فإذا صدر تشريع جديد يعاقب من يضع الحاجيات على أرصفة الشوارع داخل المدينة مثلاً، تقتضي العدالة عدم فرض العقوبة الواردة فيه إلا على الشخص الذي علم فعلاً بصدور هذا القانون. ولكن إحاطة جيمع الناس علماً حقيقياً بصدور التشريع الجديد أمر متعذر من الناحية العملية لتعدد التشريعات من جهة وكثرة عدد أفراد الشعب واختلاف مكان وظروف كل واحد منهم من جهة أخرى . فمن المستحيل إيجاد وسيلة تؤدي إلى علمهم جميعاً بكافة التشريعات الصادرة في الدولة بصورة يقينية ، وان المصلحة العامة تقتضي تحقيق النظام الذي قصد إليه من وراء إصدار التشريع الجديد بإنفاذه وتطبيقه في أقرب وقت دون تعليق ذلك على الظروف الشخصية لكل واحد منهم وعلى علمه الفعلي بصدور هذا التشريع أو عدم علمه . ولهذا يهيئ المشرع للناس وسيلة للعلم بالتشريع هي (النشر). إذ يعلق نفاذ التشريع والعمل بموجبه على نشره ، لا على العلم الفعلي به ، ويفترض علم الناس كافة به بمجرد شهره بطريقة النشر وعدم التعويل على تاريخ علمهم الحقيقي بصدوره . ولهذا لا يغني عن النشر أي سبيل آخر من سبل الإعلان، كنشر القانون في الصحف اليومية المحلية أو إذاعته عن طريق الإذاعة والتلفاز أو تعليقه في الشوارع والميادين العامة أو إرساله بكتاب دوري أو تعميمه بمنشور إلى الهيئات الحكومية المكلفة بتنفيذه، بل لابد من نشره في الجريدة الرسمية التي تصدرها الحكومة لهذا الغرض ليكون في متناول يد جميع الأشخاص، مما يجب بيع هذه الجريدة في المكتبات العامة أسوة ببيع الصحف المحلية .

فنشر التشريع لا يعد صحيحاً قانوناً في الأردن ما لم يتم في الجريدة التي تصدر

---

(١) انظر الدكتور محمد سامي مدكور - المرجع السابق - ص ٦٨ والدكتور منصور مصطفى منصور المرجع السابق - ص ٧٧ والدكتور محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص ٨٥

عن رئاسة الوزراء وتوزعها وزارة المالية تحت اسم (الجريدة الرسمية) استناداً للفقرة (٢) من المادة (٩٣) من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ التي تنص على أن: (يسري مفعول القانون بإصداره من جانب الملك ومرور ثلاثين يوماً على نشره في الجريدة الرسمية إلا إذا ورد نص خاص في القانون على أن يسري مفعوله من تاريخ آخر).

ويلاحظ ان الدستور الأردني حدد مدة بدء سريان التشريع بثلاثين يوماً بعد نشره في الجريدة الرسمية على غرار ما جاء في الدستور المصري[1] وبخلاف ما جاء في الدستورالعراقي لعام ١٩٧٠[2] ، إلا أنه لم يحدد ميعاداً معيناً لنشر التشريع بعد إصداره، وهذا قد يؤدي الى تأخير النشر من قبل السلطة التنفيذية وبالتالي تأخير تنفيذ التشريع، ولكنه حسناً فعل عندما حدد مدة معينة لا يعمل بالقانون المنشور إلا بعد مضيها على النشر وهي (٣٠) يوماً. وذلك لأن عدم تحديد ميعاد للعمل بالتشريع بعد نشره في الجريدة الرسمية قد يؤدي إلى عدم اكتمال عناصر قرينة افتراض علم الجميع بالقانون بمجرد نشره في الجريدة الرسمية، لعدم إتاحة فرصة العلم به للأشخاص بعد صدوره.

ومما يلاحظ انه إذا كان لا يعد التشريع نافذاً في الأردن إلا بعد مضي مدة معينة على نشره في الجريدة الرسمية كقاعدة عامة، إلا أنه يجوز تحديد تاريخ آخر للعمل بالتشريع اعتباراً من يوم نشره في الجريدة الرسمية كما يدل على ذلك الشق الأخير من المادة (٢/٩٣) من الدستور الأردني بقوله: (... إلا إذا ورد نص خاص في القانون على أن يسري مفعوله من تاريخ آخر).

فمن الجائز أن يصدر تشريع في الأردن وينشر في الجريدة الرسمية وينص فيه على انه يسري بعد سنة أو بعد أسبوع من تاريخ نشره، كما حصل ذلك بالنسبة للقانون المدني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦[3].

ويجوز النص في القانون على سريان مفعوله من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية،

---

(١) تنص المادة (١٨٨) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ على نشر القانون في الجريدة الرسمية خلال اسبوعين من يوم اصداره والعمل به بعد شهر من اليوم التالي لتاريخ نشره إلا اذا حدد لذلك ميعاداًخر.

(٢) تنص المادة (٦٤) من الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ على ان تنشر القوانين في الجريدة الرسمية ويعمل بها من تاريخ نشرها إلا اذا نص فيها على خلاف ذلك وهكذا لم يحدد الدستور العراقي مدة معينة للنشر بعد اصدار القانون على خلاف الدستور المصري، ولم يحدد مدة معينة للعمل بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية على خلاف الدستور المصري والأردني ونامل أن يتم سد هذا النقص في الدستور العراقي الدائم المزمع اصداره حتى تكتمل بذلك عناصر قرينة افتراض علم الجميع بالقانون بمجرد نشره في الجريدة الرسمية باعطاء فرصة العلم به بعد صدوره لجميع الأشخاص .

(٣) نشر القانون المدني الأردني في العدد ٢٦٤٥ من الجريدة الرسمية الصادر في ١/٨/ ١٩٧٦و نصت المادة الأولى منه على أن يعمل به من تاريخ ١٩٧٧/١/١.

كما حصل ذلك بالنسبة لقانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢.[١]

وسواء عد القانون نافذاً من تاريخ نشره أو بعد مضي مدة معينة على نشره في الجريدة الرسمية، فإن يوم نشره لا يحسب ضمن مدة نفاذه، بل يكون القانون نافذاً من اليوم التالي للنشر إذا كان واجب النفاذ من تاريخ نشره، أو بانقضاء اليوم الأخير للمدة المحددة في القانون إذا نص فيه على نفاذه بعد مضي مدة معينة من تاريخ نشره. لان الأصل الدستوري هو ان القوانين لا يعمل بها إلا من تاريخ العلم بها، وان هذا العلم يفترض حصوله بواقعة معينة هي النشر فلا يبدأ المجال الزمني الحقيقي لنفاذ القانون إلا بعد حصول هذا النشر وعلى وجه التحديد في اليوم التالي ليوم النشر أو اليوم التالي لانتهاء الميعاد المحدد لنفاذه بعد النشر. لأن اليوم هو فاصل زمني يمتد أربعاً وعشرين ساعة وقد يتم في أي وقت فيه ، وقد يتراخى هذا الوقت لآخره . إذ لا يفترض علم الناس بالقانون الجديد من أوله بل في آخره .

فإذا تمت إجراءات تشريع القانون ونشر في الجريدة الرسمية وبدأ العمل به على النحو الذي ذكرناه ، فإنه يسري على جميع الأشخاص بالنسبة للأفعال اللاحقة لنفاذه فقط ، أما الأفعال السابقة له ، فلا يسري عليها ما لم يوجد نص صريح فيه يقضي بغير ذلك. لأنه لا يسري بأثر رجعي على ما تم في الماضي من تصرفات قبل بدء نفاذه . وهذا ما يعبر عنه بمبدأ (عدم رجعية القوانين) الذي تنص عليه عادة غالبية الدساتير في دول العالم، كما انه يسري على جميع الأشخاص دون اشتراط حصول علمهم اليقيني به. لان نفاذه بعد النشر يعد قرينة قاطعة على حصول علمهم به، ومن ثم لا يقبل من أحدهم ادعاء الجهل به ، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ (الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً).

اثر نشر التشريع : لا يجوز الادعاء بجهل القانون :

الجهل بالقانون هو عدم معرفة وجود قاعدة قانونية لعدم العلم بها. فإلزام الناس بالقاعدة القانونية وحملهم على الخضوع لها يستوجب علم المخاطبين بوجودها ووقوفهم على مضمونها بإتاحة الفرصة لهم حتى يكيفوا خلالها سلوكهم بمقتضاها ومن ثم إلزامهم بها ومساءلتهم عند مخالفة أحكامها[٢]. إلا أن إحاطة جميع الناس علماً فعلياً بأي تشريع

---

(١) نشر هذا القانون في العدد ٣٨١٣ من الجريدة الرسمية الصادر في ٢٥/٣/ ١٩٩٢. ونصت المادة الأولى منه على أن يعمل به من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

(٢) انظر الدكتور / توفيق حسن فرج - المدخل للعلوم القانونية - المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر- الاسكندرية / ١٩٧١-١ص ٥٨ والدكتور حسن كيرة - المدخل الى القانون --المرجع السابق - ص ٣١٦ والدكتور سمير عبد السيد تناغو - النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف بالاسكندرية - ص ٥٩٤ والدكتور محمد سامي مدكور - المرجع السابق ص ٩٨ والدكتور اكرم نشأت ابراهيم - الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي الطبعة الثانية - بغداد / ١٩٦٢ ص ٢٠ .والدكتور مصطفى كامل - شرح قانون العقوبات العراقي - القسم العام - الطبعة الأولى- بغداد١٩٤٩ص ١٩٦ ومؤلفنا - شرح قانون العقوبات - القسم العام -المرجع السابق -ص٤٢ .

جديد أمر متعذر من الناحية العملية في العصر الحديث لكثرة التشريعات الصادرة في الدولة من جهة وازدياد عدد أفراد الشعب واختلاف ظروف ومكان وجود كل واحد منهم من جهة أخرى . فهناك المريض الراقد في المستشفى والأسير في الأسر والمحكوم عليه بالسجن في الخارج والغائب عن البلاد ، وهناك من لا يقرأ ولا يكتب ، وهناك الأجنبي الذي يدخل البلاد حديثاً ويجهل اللغة مما يتعذر عليه الاطلاع على القوانين . فكل واحد من هؤلاء يستحيل علمه بالتشريع الجديد واطلاعه عليه ، ولذلك يعد النشر وسيلة لعلم الناس به . فإذا شرع القانون ونشر في الجريدة الرسمية ومضت المدة المحددة فيه على هذا النشر يصبح ملزماً لجميع الأشخاص وتقوم قرينة قانونية قاطعة لا يجوز إثبات عكسها تفترض علم الجميع به سواء أكانوا قد علموا به فعلاً أم لا ، ويسري عليهم دون استثناء ، ومن ثم لا يقبل من أحد الادعاء بجهله بعد النشر ويعبر عن ذلك بقاعدة (الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً) تحقيقاً لمبدأ المساواة أمام القانون وضماناً للسلامة القانونية وضرورة تطبيق القوانين .

فبدون هذه القرينة يستحيل تطبيق القوانين ويفسح المجال أمام الأفراد للتخلص من أحكامها بحجة عدم علمهم بها ، وتسود الفوضى وعدم الاستقرار في المعاملات ويثور الشك حول علم الناس أو جهلهم بالقوانين . فأساس قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً إذن هو :

١- **قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها :** فالأساس الأول لهذه القاعدة هو قرينة قاطعة لا يجوز إثبات عكسها وتفترض علم الناس كافة بالقوانين بعد تشريعها وإصدارها ونشرها في الجريدة الرسمية لضمان السلامة القانونية في المجتمع وتحقيق النظام والاستقرار للجماعة. فمن يخالف نصاً قانونياً عن جهل وعدم العلم به يجب أن يتحمل نتائج جهله وتقاعسه عن معرفة القوانين المرعية في الدولة أسوة بمن يخالف القانون رغم علمه به، خاصة ان ادعاء الجهل بالقانون واقعة سلبية لا يمكن إثبات الصدق وحسن النية فيها إلا بإقامة الدليل، مما يجعل إثبات علم جميع الناس بالقانون مستحيلاً. فهذه القرينة أساسها الحرص على امتداد سلطان القانون إلى الجميع ومنع التهرب من أحكامه بحجة الجهل به [1].

٢- **ضرورة تطبيق القانون :** ان القانون يصدر عن السلطة التشريعية ويتصف بالعمومية والتجريد ويسري على جميع الأشخاص في الدولة دون أي تمييز لمساواتهم أمام القانون .

---

(١) انظر الدكتور سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق -ص٥٩٥ والدكتور محمد محي الدين عوض - القانون الجنائي في التشريعين المصري والسوداني - القاهرة /١٩٦٣-ص ٦٢٨ .

فالعدل يتطلب المساواة التامة في معاملة المخاطبين بأحكام القواعد القانونية دون التفريق بين من يعلم بها ومن لا يعلم بها، لانه إذا اعترفنا بمثل هذه التفرقة فإن النتيجة الحتمية ستكون تعذر تطبيق القوانين، ويصبح بإمكان الأشخاص استبعاد تطبيقها بحجة جهلهم بها[1]. لذا فإن عدم الاعتداد بادعاء جهل القانون يستند إلى ضرورة تطبيق القوانين على جميع الأشخاص في إقليم الدولة لفرض وبسط سلطان القانون وإقرار النظام في المجتمع، خاصة ان ادعاء الجهل بالقانون حالة يتعذر فيها إثبات حسن النية ، وان تجارب الحياة اليومية تمكن كل شخص من معرفة القوانين والحقوق والأفعال الممنوعة في المجتمع. لأن إدراك الفرد لحقوقه وحقوق الآخرين وللأفعال الممنوعة والمباحة في القانون يقتضيه الإحساس بالضمير والشعور بالإخلاص وبمنطق الطبيعة ، لا لأن الفرد محامٍ قدير يفهم القوانين ، وإنما لأنه إنسان يعيش في المجتمع ويعرف حقوقه وحقوق الآخرين فيستخلص من كل ذلك الأفعال الممنوعة والحقوق المقررة في القانون. وإذا كان الفرد سقيماً إلى درجة انه لا يدرك القانون ، فهو لا يعاقب حينذاك لاختلال عقله.

فلا يوجد شخص عاقل مدرك لا يعرف ان القتل ممنوع ومعاقب عليه وان هتك العرض ممنوع ومعاقب عليه. كما ان وجود المواطن في خارج البلاد أثناء صدور قوانين جديدة في غيابه لا يكفي لاستثنائه من أحكام هذه القوانين بحجة عدم اطلاعه عليها وجهله بها، لأن ارتباط الشخص بالدولة يوجب عليه أن يبحث بكل الوسائل عن قوانين دولته والاطلاع عليها، مما دعا البعض إلى اقتراح استخدام وسائل أكثر تطوراً في نشر القوانين كالصحف الكبرى والإذاعة والتلفاز . لأنه كما يقول الاستاذ (Terre)«إذا كان الفرد لا يذهب الى القاعدة القانونية ، فيجب أن تأتي إليه القاعدة القانونية»[2]. فعلى الدولة استخدام وسائل حديثة لنشر القوانين وتحسين استخدام الوسيلة المتاحة حالياً وهي النشر في الجريدة الرسمية، وإصدار هذه الجريدة في مواعيدها وبأعداد كافية وإتاحة بيعها في المكتبات.

نطاق قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً:

علمنا ان قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً تستند إلى قرينة قاطعة تفترض علم الجميع بالقانون بعد نشره في الجريدة الرسمية ، فعلينا أن نبحث في نطاق تطبيق هذه القاعدة بالنسبة لمصادر القواعد القانونية المختلفة من جهة ونوعها من جهة أخرى لنعرف

---

(١) انظر الدكتور حسن كيرة – المرجع السابق –ص٣١٧و Prof.dr. faruk Erem.Turk, Ceza Hukuku.Genel Hukumleri.5 Basi ,cilt.1 Ankara /1961.sf.54

(٢) انظر الدكتور سمير عبد السيد تناغو – المرجع السابق – ص٦٠١ .

مدى هذا النطاق وهل ان هذه القاعدة مطلقة أم ترد عليها استثناءات .

فنحن نعلم ان للقواعد القانونية مصادر مختلفة مثل التشريع والدين والعرف والقضاء وقواعد العدالة ... إلخ. وقد توحي قاعدة افتراض العلم بالقانون، ان الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً يجب أن يقتصر على التشريع وحده دون غيره من القواعد القانونية الملزمة المستمدة من المصادر الرسمية الأخرى للقانون كون القاعدة التشريعية تستند في نفاذها وافتراض العلم بها إلى واقعة نشرها في الجريدة الرسمية دون بقية القواعد القانونية غير المشرعة، كالعرف مثلاً. وهذا غير صحيح لأن هذا المبدأ عام يشمل جميع القواعد القانونية أياً كان مصدرها، فمتى ما تكونت القاعدة العرفية في المجتمع، فإن حكمها يسري على الجميع حتى على الذين لا يعلمون بها، شأنها في ذلك شأن القاعدة القانونية التي يكون مصدرها التشريع، دون تعليق العلم بها على النشر. لأن العرف هو أيضاً من مصادر القانون ويسري بغض النظر عن علم الأشخاص به، لتولده من ضميرالجماعة دون حاجة إلى النشر ومن ثم لايجوز الادعاء بجهله، وهكذا الأمر بالنسبة لقواعد الدين[1].

أما بالنسبة لنطاق هذا المبدأ من حيث نوع القاعدة القانونية، فنحن نعلم ان القواعد القانونية قد تكون آمرة أو ناهية، و مكملة أو مفسره لإرادة العاقدين. فالقواعد الآمرة أو الناهية هي القواعد التي يُجبر الأشخاص على احترامها ولا يستطيعون التحلل من أحكامها أبداً أو استبعادها عن طريق الاتفاق على خلافها، لأنها تمثل إرادة المجتمع العليا ونظامه العام ومُثله العليا ومصالحه الأساسية في تنظيم نشاط معين على وجه خاص، كالقواعد المتعلقة بموانع الزواج ومعاقبة المجرم وفرض الضرائب وتحديد سعر الفائدة... إلخ.

أما القواعد القانونية المكملة أو المفسرة أو (المقررة أو المتممة)، فهي القواعد الملزمة التي تنظم الروابط الخاصة بين الأشخاص عادة ويجوز لهم الخروج عليها باتفاق خاص وهم لا يلتزمون بها إلا في حالة عدم اتفاقهم على خلافها استناداً لمبدأ سلطان الإرادة، كالقواعد التي تنظم البيع والشراء وتحدد مكان تسليم المبيع ووقت دفع الثمن وتحمل نفقات الوفاء بالالتزام .

فمبداء سلطان الإرادة معدوم إزاء القواعد الآمرة أو الناهية وموفور إزاء القواعد المكملة أوالمفسرة.

---

(١) انظرالدكتور سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ١٩٦ والدكتور محمد سامي مدكور - المرجع السابق -ص٩٨. والدكتور محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق -ص ٩٧.

وقد اتجه بعض الفقهاء إلى قصر نطاق مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون على القواعد الآمرة أو الناهية فقط دون المكملة أو المفسرة ، ويرون أيضاً ان نطاق القاعدة يشمل القانون الجنائي فقط. لأنه لا يجوز فيه لمتهم بارتكاب جريمة أن يؤسس دفاعه على عدم علمه بالقانون الجنائي للتخلص من العقوبة. أما بالنسبة للقواعد القانونية التي تنظم العلاقات المدنية، فإنهم يفرقون بين النصوص الآمرة أو الناهية منها التي لايجوز للأشخاص الاتفاق على ما يخالفها، وبين النصوص المكملة أو المفسرة غير الآمرة أو الناهية منها التي يجوز للأشخاص الاتفاق على ما يخالفها، فيقصرون تطبيق قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً على النوع الأول فقط دون الثاني.

بينما الرأي الراجح هو تعميم المبدأ ليشمل جميع القواعد القانونية آمرة أو ناهية كانت أم مكملة أو مفسرة وعدم قصره على القانون الجنائي فقط، بل على جميع أنواع القوانين، سواء أكان القانون متعلقاً بأفعال غير عمدية أم بأفعال عمدية .

فالقاعدة القانونية التي تجعل المتبوع مسؤولاً عن فعل التابع هي قاعدة قانونية لا يجوز الدفع بعذر قائم على ادعاء جهلها رغم تعلقها بفعل غير عمدي، والقاعدة التي تمنع المستأجر من التأجير من الباطن هي أيضاً قاعدة قانونية لا يجوز الدفع بجهلها رغم انها متعلقة بفعل عمدي، وبالتالي لامبرر للتفرقة بين نوعي القواعد القانونية. لأن القواعد القانونية الآمرة أو الناهية والقواعد القانونية المكملة أو المفسرة قواعد ملزمة. وما دامتا تستويان في الإلزام بمضمون كل منهما، فإنهما تستويان في استلزام العلم بهذا المضمون، والقول بان المبدأ يشمل القواعد القانونية الآمرة أو الناهية فقط دون القواعد القانونية المكملة أو المفسرة يؤدي إلى هدر القوة الملزمة للقواعد القانونية المكملة أو المفسرة بما يتنافى مع صفة الإلزام التي تتصف بها القواعد القانونية على اختلاف أنواعها. فكما لا يجوز أن يدعي شخص جهله بالقاعدة القانونية التي تعاقب على السرقة في القانون الجنائي، هكذا لا يجوز له أن يدعي جهله بالقاعدة القانونية التي تبرر تخلية المأجور عند

عدم دفع بدل الإيجار في موعده المحدد"[1]. فإباحة الاعتذار بجهل القواعد القانونية المكملة أو المفسرة من شأنها هدر قوتها الملزمة، وإذا كان المشرع قد ترك مصير هذه القواعد بيد المتعاقدين عند التعاقد وأجاز لهما استبعادها، فلا يتصور انه يترك مصيرها لهما بعد التعاقد. لأن العقد قد يكون مشوباً بنقص لاسبيل إلى استكماله إلا بالقواعد المكملة أو المفسرة. فكل الداعين إلى قصر المبدأ على القواعد القانونية الآمرة أو الناهية دون المكملة أو المفسرة خلطوا بين مركز القواعد القانونية المكملة أو المفسرة عند التعاقد ومركزها بعد التعاقد. فعند التعاقد يمكن تجاهلها تماماً بإدراج شروط تعاقدية بديلة، بينما بعد التعاقد تفرض نفسها كقواعد ملزمة تكمل النقص الذي يشوب إرادة الطرفين وهي عندئذٍ تتساوى في المركز - من حيث الإلزام - مع القواعد القانونية الآمرة أو الناهية، فيكون منطقياً أن يتساوى النوعان من القواعد في مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون. ولهذا فإن الرأي الراجح عندنا هو سريان مبدأ الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً على جميع القواعد القانونية أياً كان نوعها. أي سواء أكانت قاعدة قانونية آمرة أو ناهية أم قاعدة قانونية مكملة أو مفسرة، خاصة ان القضاء يتبنى هذا الاتجاه أيضاً [2].

الاستثناءات التي ترد على قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً:

سبق أن ذكرنا ان قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً تستند إلى قرينة قاطعة لا تقبل إثبات عكسها وهذه القرينة تفترض علم الناس جميعاً بالقانون دون شرط علمهم الحقيقي الفعلي به لاعتبارات تتصل بمصلحة المجتمع واستقراره ونظامه وضرورة تطبيق

---

(١) انظر الدكتور مصطفى محمد الجمال والدكتور عبد الحميد محمد الجمال - النظرية العامة للقانون - الدار الجامعية /١٩٨٧-ص٤٩ -٥١ والدكتور علي محمد بدير- المرجع السابق - ص٢٥٣ والدكتور توفيق حسن فرج- المرجع السابق -ص١٦٣ والدكتور حسن كيرة - المرجع السابق - ص٣١٨ والدكتور سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص٦٢٧-٦٢٨ والدكتور شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص٢١١- ٢٢٥ .

(٢) في هذا المجال نشير الى القرار الصادر من محكمة تمييز العراق برقم٦٩٦/مدنية ثالثة /١٩٧٤ في ١٩٧٤/٨/١٣ الذي قضى بان الجهل بالقوانين لا يغتفر . وكانت الدعوى التي صدر فيها القرار المذكور حقوقية مدنية صرفة يتعلق موضوعها باتفاق حول اتعاب المحاماة ولا تتعلق بقضية جنائية . ومما جاء في هذا القرار (لدى التدقيق والمداولة وجد ان الحكم المميز صحيح وموافق للقانون ، لانه أستند الى اتفاق على اتعاب المحاماة ثبت حصوله بحلف اليمين المردودة الى المميز عليه من المميزة بما لا تصح معه الطعون التمييزية حول عدم حصول اتفاق وجهل وكيل المميزة القوانين ، لأن الاتفاق ثبت بحلف اليمين وان الجهل بالقوانين لا يعتبر عذراً ، لذا قرر رد الطعون التمييزية وتصديق الحكم المميز وصدر القرار بالاتفاق في ١٩٧٤/٨/١٣ ،(انظر النشرة القضائية التي تصدرها محكمة التمييز في العراق -العدد الثالث- السنة الخامسة ، مطبعة الأزهر - بغداد /١٩٧٧-ص٤٥)

القانون. فلولا هذه القاعدة لتعذر تطبيق القوانين واضطرب أمن المجتمع وسادت فيه الفوضى. ومهما كان نصيب هذا الافتراض من الصحة، فإن علم الناس الحقيقي بالقوانين واطلاعهم عليها أمر ضروري ليس فقط لكي يحترموها ويلتزموا بحدودها ويعرفوا حقوقهم وواجباتهم في المجتمع بمقتضاها، وإنما لتحقيق مبدأ العدالة والإيفاء بمتطلباته. فإلزام شخص بقانون يجهله يتضمن التعسف والظلم في بعض الأحيان وتنتج عنه مساوئ لا تقل عن مساوئ السماح بالاحتجاج بجهل القانون. ومساحة هذه المساوئ تبدأ بالاتساع كلما أرتفعت نسبة مجموع من يجهلون القانون في المجتمع من جهة، وكلما زادت نسبة الجهل بالقوانين لدى الشخص الواحد من جهة أخرى . ولكن قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون مقررة في التشريعات للمصلحة العامة ولو كان ثمنها التضحية ببعض المصالح الخاصة للأفراد.

ومن هنا تبدو قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون محققة للمصلحة العامة في المجتمع على حساب المصلحة الخاصة للأفراد، مع التسليم بان هذه القاعدة رغم تعبيرها عن مبدأ أساس من المبادئ العامة للقانون، إلا أنه لا يمكن اعتبارها مطلقة دون استثناء. لأنه بصفة مبدئية لا يقبل اسباغ صفة الإطلاق على أي مبدأ من مبادئ القانون ولو كان هذا المبدأ متصلاً بجوهر القانون. كما ان فكرة الغلط في القانون شيء وعدم جواز العذر بجهل القانون شيء آخر . فالغلط فى القانون يمنح من وقع في الغلط الحق في التخلص من آثاره عن طريق المطالبة بابطال العقد ، بينما العذر بجهل القانون لا يسمح بالتنصل من أحكام القانون . ولكن كما قال فقهاء الرومان: (ان المبالغة في العدل قد تؤدي إلى الظلم). فإذا كانت هناك اعتبارات متعلقة بالمصلحة العامة تبرر قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، هناك في نفس الوقت اعتبارات أخرى مماثلة تبرر جواز الاعتذار بجهل القانون على خلاف الأصل إذا استحال العلم به ، دون أن يؤدي ذلك إلى إلغاء القاعدة الأصلية . فتسليماً بالاعتبارات التي أشرنا إليها تقبل تشريعات بعض الدول الاستثناءات التالية من قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً :-

١- وجود نص قانوني :

إذا نص القانون على قبول عذر من يدعي الجهل بالقانون يعمل بهذا النص ،كالقانون الذي صدرفي فرنسا عام ١٩٨٠م الذي نص على انه إذا حصلت مخالفة في وقت قريب من وقت إعلان القانون، فإن العذر بجهل القانون يقبل بشرط أن يكون القانون جنائياً . وقد قدر هذا الوقت بثلاثة أيام . ومن ذلك أيضاً المادة (٣٧) من قانون العقوبات العراقي رقم

١١١ لسنة ١٩٦٩م المعدل التي تنص على أن :(للمحكمة أن تعفو من العقاب الأجنبي الذي يرتكب جريمة خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ قدومه إلى العراق إذا ثبت جهله بالقانون وكان قانون محل إقامته لا يعاقب عليها) .

ويفهم من هذا النص ان المشرع العراقي قد أخذ بإعفاء الشخص من قاعدة الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً بشرط أن يكون أجنبياً ، أي غير عراقي . ويشمل مفهوم الأجنبي بالنسبة لهذا الشرط (كل شخص أجنبي أو عربي معلوم الجنسية أو عديم الجنسية)،[1] على أساس انهم جميعاً قد يجهلون القوانين العراقية ، بينما لا يشمل العراقي المقيم في بلد أجنبي حتى ولو كان مولوداً في ذلك البلد الأجنبي. لأن المواطن يفترض فيه انه على اتصال دائم مع بلده ووطنه وبما يصدر فيه من قوانين أينما وجد ما دام يتمتع بجنسيته ، وكذلك يشترط أن يرتكب هذا الأجنبي الجريمة خلال سبعة أيام من تاريخ قدومه إلى العراق لأول مرة ، وأ ن يثبت جهله بالقانون العراقي الذي يعاقب على الفعل الذي ارتكبه أثناء إقامته في الفترة المحددة ، وأن تكون الجريمة التي ارتكبها في العراق خلال سبعة أيام من قدومه إليه غير معاقب عليها في قانون الدولة التي فيها محل إقامته .

أما قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م فقد نص في المادة (٨٥) منه على انه:(لا يعتبر جهل القانون عذراً لمن يرتكب أي جرم). فلم يأخذ المشرع الأردني بمبدأ إعفاء الأجنبي القادم إلى الأردن حديثاً من حكم القانون بحجة جهله به، لأنه لا يوجد ما يمنعه من الاطلاع على القوانين الأردنية قبل أو بعد قدومه إليه. خاصة بالنسبة للأفعال التي ينوي القيام بها فيه، ولتأمين تطبيق القانون على جميع من في إقليم الدولة من وطنيين وأجانب استناداً إلى مبدأ السيادة ومساواة الأشخاص أمام القانون. وذهب القضاء في دول أخرى إلى قبول عذر الأجنبي بجهل القانون رغم وجود نص بخلاف ذلك في القانون، كما حصل في تركيا[2].

٢- القوة القاهرة :

المقصود بالقوة القاهرة هنا هو الحالة التي يستحيل فيها على الإنسان أن يعلم بنشر

---

(١) انظر مؤلفنا -القانون الدولي الخاص- الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق -ص١٤١-١٤٣.

(٢) ففي تركيا تنص المادة (٤٤) من قانون الجزاء التركي على ان الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً. ومع ذلك فقد حدث أن أعطى أحد الأجانب ممن جاءوا الى تركيا حديثاً حصته من فحم الكوك المستعمل للتدفئة الى شخص آخر بدون اذن من السلطة المختصة على ذلك ، في حين لا يجوز لاحد أن يحول حصته السنوية من هذا الفحم الى شخص آخر بدون موافقة السلطة المختصة وإلا يعاقب، فقررت المحكمة المختصة تجريمه.إلا أن محكمة التمييز قضت بعدم تجريمه نظراً لحداثة دخوله الى تركيا وادعاء جهله بالقانون التركي وعدم تمكنه من معرفة حكمه بهذا الخصوص خلال المدة القصيرة التي قدم فيها الى تركيا، خاصة انه لا يعرف اللغة التركية وليس بامكانه أن يعرف هذا المنع ، ولا يوجد مثل هذا المنع بالنسبة لتحويل حصة الفحم السنوية الى الغير في بلاده .(انظر مؤلفنا -شرح قانون العقوبات العراقي - القسم العام - المرجع السابق -ص٤٥و Prof.Dr. Faruk Erem-sf. 54).

القانون. أي الظرف الهام الاستثنائي القاهر الذي يحيط بالشخص ويجعل علمه بالقاعدة القانونية مستحيلاً استحالة مادية مطلقة خلال مدة قيام الظرف، مما لا يجوز مساءلته عن مخالفة أحكامها لعدم تصور وجود إرادة مخالفة للقانون في هذه الحالة ، نظراً لان قرينة افتراض العلم بالقانون يستند إلى إمكانية العلم به. فإذا انتفت هذه الإمكانية ينتفي الافتراض أيضاً ويجوز التمسك بجهله، ولذلك أجاز جمهور الفقهاء ادعاء الجهل بالقانون في حالة قيام قوة قاهرة خارجة عن إرادة الإنسان وقدرته تحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى جزء من أجزاء البلاد واستحالة الاطلاع على القوانين المنشورة فيها، ومن ثم لا يكون من العدل إلزام الشخص بما ليس في قدرته ، لأنه (لا يكلف الله نفساً إلا وسعها)[1]. فبقيام أي سبب يحول دون وصول الجريدة الرسمية إلى جزء من أجزاء إقليم الدولة تنتفي فرصة العلم بالقانون التي يفترضها المشرع ويسمح للشخص بادعاء جهله بالقانون المنشور في هذه الجريدة خلال مدة قيام ذلك السبب ، كاستحالة وصول الجريدة الرسمية إلى الأجزاء المحاصرة من إقليم الدولة بسبب فيضانات غير اعتيادية تغرق البلد وتقطع سبل الاتصال بين مدنه، أو بسبب الحرب أو الاحتلال الأجنبي لجزء من إقليم الدولة ومنع إيصال الجريدة الرسمية إليه، أو في حالة حصارعسكري لجزء من إقليم الدولة لحقبة من الزمن وتعذر توزيع أعداد الجريدة الرسمية في هذا الجزء المحاصر عسكرياً، أو غير ذلك من الظروف العامة التي تؤدي إلى استحالة العلم بالقانون بوسيلة النشر في(الجريدة الرسمية) وضرورة تعطيل مبدأ الجهل بالقانون لا يعتبر عذراً لحين زوال هذه الظروف[2]. أما إذا كانت الاستحالة غير مطلقة - بل نسبية كالإقامة في المناطق النائية داخل إقليم الدولة أو التغيب عن البلد أو الرقود في المستشفى لفترة معينة- فلا تؤثر في قرينة افتراض العلم بالقانون ولا تجيز ادعاء الجهل بالقانون ، وقد نصت قوانين بعض الدول على القوة القاهرة كاستثناء من قاعدة الجهل بالقانون لايعتبر عذراً ، مثل قانون العقوبات العراقي[3].

ومما يلاحظ ان مجال هذا الاستثناء هو التشريع فقط دون القواعد القانونية الأخرى كالعرف وقواعد الدين ، لأن التشريع وحده لا يتم نفاذه ولا يبدأ العمل به إلا بعد نشره في الجريدة الرسمية ولا يكون معلوماً للأشخاص إلا بهذا النشر . بينما لا يشمل قواعد

(١) الآية ٢٨٦ من سورة البقرة.

(٢) انظر الدكتور توفيق حسن فرج - المرجع السابق -ص ١٩٢ والدكتور حسن كيرة - المرجع السابق- ص٣١٩ والدكتور محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق -ص٨٨.

(٣) تنص الفقرة الأولى من المادة (٣٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل على أن: (١- ليس لأحد أن يحتج بجهله بأحكام هذا القانون أو أي قانون عقابي أخر ما لم يكن قد تعذر عليه العلم بالقانون الذي يعاقب على الجريمة بسبب قوة قاهرة).

العرف والدين لانهما توجدان في ضمير الجماعة ولا يعلق نفاذهما في المجتمع على نشر قواعدهما في الجريدة الرسمية ، وبالتالي لا يمكن التمسك بجهلهما بسبب القوة القاهرة . فالقواعد الدينية ليست جديدة ولا هي من صنع البشر ، بل هي خالدة وثابتة ومن صنع الخالق ، فلا تحتاج إلى النشرفي الجريدة الرسمية لغرض العلم بها ، والقواعد العرفية قديمة تتكون أصلاً في ضمير الجماعة، فلا تنتفي قرينة علم الكافة بالقواعد الدينية والعرفية في حالة الحرب والفيضان والحصار العسكري بسبب تعذر وصو ل الجريدة الرسمية إلى الأشخاص.

٣- امتداد قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون إلى القانون الاجنبي (المصلحة الوطنية):

قد تكون المنازعات القانونية مشوبة بعنصر أجنبي، كزواج يتم بين أردني وفرنسية في ألمانيا، أو عقد بيع يبرم بين أردني ولبناني في إنكلترا.

ففي مثل هذه المنازعات لا يمكن لقاضي الموضوع أن يطبق قانونه الوطني عليها مباشرة. لأن القانون الواجب تطبيقه في هذه الحالة هو الذي تحدده قواعد الاسناد الوطنية في قانون القاضي، سواء أكان هذا القانون المختص هو قانون القاضي نفسه أم قانوناً أجنبياً.إذ توجد في القانون الدولي الخاص لكل دولة مجموعة قواعد قانونية وظيفتها اسناد حكم النزاع المشوب بعنصر أجنبي إلى قانون مختص وإرشاد قاضي الموضوع إلى هذا القانون تسمى (قواعد الاسناد) أو (قواعد التنازع).

وعندما يقوم قاضي الموضوع بتطبيق القانون الأجنبي المختص الذي حددته قواعد الاسناد الوطنية في قانونه الوطني تثور مشكلة طبيعة هذا القانون الأجنبي. فهل يظل محتفظاً بطبيعته القانونية أم انه يصبح مجرد واقعة.

إذا جُرد القانون الأجنبي المختص من وصف القانون الملزم واعتبر مجرد واقعة مادية، فإن قاضي الموضوع لا يلزم بالبحث والتحري عنه وإثباته من تلقاء نفسه ولا يخضع قراره فيه لرقابة محكمة التمييز ولا تمتد إليه قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهله، كما هو الوضع في القانونين اللبناني والتركي[1]. وذهب القضاء في مصر على غرار القضاء الفرنسي إلى أن الاستناد إلى تشريع أجنبي أمام القضاء الوطني لا يعدو أن يكون واقعة تجب إقامة الدليل عليها، ولايقضي القاضي فيها بعلمه ولا يخضع في قضائه بصددها لرقابة محكمة

(١) انظر الدكتور سمير عبد السيد تناغو -المرجع السابق- ص٦٢٣ ومؤلفنا -القانون الدولي الخاص الأردني- الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص وتنفيذ الأحكام الأجنبية -دراسة مقارنة إربد/١٩٩٦ ص٣٢٢.

التمييز[1].

أما إذا اعتبر القانون الأجنبي الذي يتقرر تطبيقه بأمر من قواعد الاسناد الوطنية محتفظاً بطبيعته القانونية دون أن تتغير هذه الطبيعة أو تتحول إلى واقعة مادية لمجرد تطبيقه في دولة أخرى، فإنه يكون بمثابة القانون الوطني وعلى القاضي أن يبحث عنه ويثبته من تلقاء نفسه وأن الخصوم وان جازت معاونتهم للقاضي في إثباته إلا أنهم لا يكلفون بإثباته ويخضع تفسيره وإثباته وتطبيقه لرقابة محكمة التمييز باعتباره جزءاً من القانون الوطني ومتجنساً بجنسيته ومتمتعاً بطبيعته كأنه صادر من المشرع الوطني.

والاتجاه الثاني هو الراجح وقد أخذ به القانون والقضاء الأردني،[2] ولذلك لا يجوز للشخص في الأردن الاعتذار بجهل القانون الأجنبي الذي يتقرر تطبيقه بأمر من قواعد الاسناد الأردنية، كقاعدة عامة. لأنه لو جاز ذلك لما أمكن تطبيق أي قانون أجنبي وانهار نظام القانون الدولي الخاص في مجموعه، خاصة ان الاعتذار بجهل القوانين الأجنبية يسهل الادعاء به، بل قد يفترض وجوده نظراً لصعوبة معرفة هذه القوانين.[3]

ولكن مع ذلك فإنه إذا كانت قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ليست مطلقة في انطباقها على القانون الوطني، بل ترد عليها استثناءات كما شرحنا ذلك، فهي أيضاً غير مطلقة في انطباقها على القوانين الأجنبية ويوجد على الأقل استثناء واحد معروف على هذه القاعدة وهو الاستثناء الخاص بجواز الاعتذار بجهل القانون الأجنبي المتعلق بالأهلية، وقد نصت المادة (١٢/١) من القانون المدني الأردني صراحة على هذا الاستثناء بقولها: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته)،

---

(١) انظر الدكتور سمير عبد السيد تناغو -المرجع السابق- ص٦٣٠.

(٢) تنص المادة (١/٧٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية، الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ على أنه :(في أحوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون إليه مشفوعة بترجمة رسمية). فإذا طلب القاضي الأردني هذا التعاون من الخصوم لإثبات القانون الأجنبي المختص وامتنعوا أو عجزوا عن القيام به، ليس له أن يرفض تطبيقه بحجة عدم قيام من تمسك به بإثباته، بل يقع عليه عندئذ عبء البحث والتثبت من وجوده وتطبيقه.

(٣) جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية برقم (حقوق ٨٣/٥٣٩ في ١٩٨٣/١١/١٠) ص١٥٠٥ بان (الرأي الراجح الذي انعقد عليه الفقه والقضاء يقضي بان القانون الأجنبي الواجب التطبيق أمام القضاء الوطني يحتفظ أمام القضاء بصفته الآمرة ولا يعتبر من الوقائع التي يتوجب على الخصم تقديم الدليل على وجوده وان المحكمة الوطنية التي تنظر في الدعوى هي المكلفة بالبحث عن القانون الأجنبي وتطبيقه كما تطبق القانون المحلي).

سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته)، وهذا ما يعبر عنه بـ(المصلحة الوطنية) التي تمنع تطبيق القانون الأجنبي الخاص بالأهلية وتجيز الادعاء بجهله لمنع الإضرار بالمصلحة الوطنية من خلال الإضرار بمصلحة أحد الوطنيين.[1]

فالأهلية من مسائل الأحوال الشخصية التي يجب إخضاعها لقانون الدولة التي يتمتع الشخص بجنسيتها، أي للقانون الأردني بالنسبة للأردنيين وللقانون العراقي بالنسبة للعراقيين وللقانون الفرنسي بالنسبة للفرنسيين...إلخ، ما لم توجد مصلحة وطنية تحول دون تطبيقه، وذلك لأن القواعد المنظمة للأهلية هدفها حماية الفرد ولا تتحقق هذه الحماية إلا بإخضاعها للقانون الشخصي المستمد من حاجات وظروف وأحوال الإنسان.[2]

فاذا جاء مكسيكي الجنسية عمره ٢٣ سنة إلى الأردن وعقد صفقة تجارية مع تاجر أردني ولم يذكر للبائع الأردني ان بلوغ سن الرشد في القانون المكسيكي هو إتمام الخامسة والعشرين من العمر ، ولدى مطالبة البائع له بالثمن المتفق عليه دفع هذا المكسيكي ببطلان التزامه لأنه قاصر وفق أحكام القانون المكسيكي ، ورفع نزاع بذلك إلى محكمة أردنية ، فإن المحكمة المرفوع إليها النزاع لا تأخذ بدفع المكسيكي تطبيقاً للشق الثاني من الفقرة (١) من المادة (١٢) الآنف الذكر وتقضي بصحة التزامه وتلزمه بأداء الثمن للطرف الأردني الذي خدعته مظاهر هذا المكسيكي فتراءى له راشداً قياساً على أحكام القانون الأردني التي سن الرشد فيها ١٨ سنة وتصرف معه بحسن نية على هذا الأساس وهو غير ملزم بمعرفة أحكام الأهلية وسن الرشد في قوانين الدول المختلفة . ولذلك فإن الأخذ بالقانون المكسيكي في هذا الحالة يولد الإضرار بالمصلحة الوطنية من خلال الإضرار التي تصيب البائع الأردني. فيشترط إذن للتمسك بالمصلحة الوطنية والادعاء بجهل القانون الشخصي للأجنبي وإحلال اختصاص القانون الأردني محله وفق المادة (١٢) من القانون المدني ما يلي :

١- أن يكون التصرف موضوع النزاع مالياً معقوداً في الأردن وتترتب آثاره فيه . ولذلك تخرج التصرفات الأخرى من دائرة التمسك بالمصلحة الوطنية ، كالأحوال الشخصية .

---

(١) لقد أخذت قوانين دول متعددة بقاعدة (المصلحة الوطنية)، كالمادة (١٨) من القانون المدني العراقي والمادة (١١) من القانون المدني المصري.

(٢) لتفاصيل هذا الموضوع راجع الدكتور حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي -القانون الدولي الخاص- القسم الثاني -تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية -الموصل/١٩٨٢ -ص٩١-٩٩ والدكتور سمير عبد السيد تناغو -المرجع السابق ص٦٢٨-٦٣٢.

كما تخرج التصرفات المالية التي تمت في الخارج أو أنتجت آثارها في الخارج من دائرة المصلحة الوطنية حتى و لو تحققت شروطها الأخرى.

٢- أن يكون أحد أطراف العلاقة أجنبياً ناقص الأهلية وفقاً لقانونه الوطني وكامل الأهلية وفقاً للقانون الأردني. أما إذا كان الأجنبي ناقص الأهلية وفقاً للقانون الأردني أيضاً ، فإن الطرف الأردني لا يستطيع التمسك بالمصلحة الوطنية لانتفاء حسن النية .

٣- أن يرجع نقص أهلية الأجنبي إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الأردني تبينه ومعرفته. لأن سهولة معرفة نقص أهلية الأجنبي تنفي حسن نية الطرف الأردني، وتقدير سهولة معرفة أهلية الأجنبي أو صعوبتها يعود للمحكمة التي عليها أن تأخذ بنظر الاعتبار ظروف الحال وقت إبرام التصرف القانوني.

ويترتب على الأخذ بمبدأ المصلحة الوطنية عدم إخضاع أهلية الأجنبي لقانون جنسيته بالنسبة لتصرفه المالي الذي يسبب الضرر لأحد الوطنيين وتصحيح العقد باعتباره صادراً من كامل الأهلية كما ورد في القانون الأردني ورفض دفع الأجنبي بنقص أهليته وإلزامه بما يرتبه العقد عليه من آثار والتزامات قانونية، وقبول ادعاء الأردني بجهل قانون دولة هذا الأجنبي.

ثالثاً - التشريع الفرعي وطريقة سنه :

التشريع الفرعي أدنى أنواع التشريع منزلة وهو التشريع التفصيلي الذي تصدره السلطة التنفيذية بما لها من اختصاص أصيل منصوص عليه في الدستور لتسهيل تنفيذ القوانين الصادرة من السلطة التشريعية أو لتنظيم المرافق العامة أو للمحافظة على الأمن والصحة العامة كأنظمة وتعليمات وقرارت وبيانات.

ويشترط فيه ألا يكون مخالفاً لأحكام التشريع الأساسي أو التشريع العادي، لأنه أدنى مرتبة منهما وإلا وجب ترجيح الأعلى والامتناع عن تطبيق الأدنى. وتختلف تسمية التشريع الفرعي بحسب الغاية منه. فإذا وضع لتسهيل تنفيذ القوانين هو (لوائح تنفيذية)، وإذا وضع لتنظيم إدارة المرافق العامة وتنسيق سيرالعمل في المصالح والإدارات الحكومية بما يضمن حسن سيرها في تقديم الخدمات العامة هو (لوائح تنظيمية)، وإذا وضع لحفظ الأمن والصحة العامة كمراقبة المواد الغذائية والباعة المتجولين ونظافة المطاعم والمحلات العامة الأخرى هو (لوائح ضبط). فرغم ان التشريع من اختصاص السلطة التشريعية وحدها ومقصور عليها بمقتضى مبدأ الفصل بين السلطات في الدولة، إلا أنه قد تظهر تفصيلات وجزئيات يتعذر على السلطة التشريعية الإلمام بها وقت سن القوانين، لأنها لا

تظهر إلى الوجود إلا عند تنفيذ القوانين لا عند تشريعها، ولهذا تكتفي السلطة التشريعية بوضع المبادئ العامة للقوانين وتترك للسلطة التنفيذية تنظيم تفصيلاتها بتشريعات فرعية تضعها وفقاً لما تقتضيه الضرورة، وهذا من شأنه أن يخفف العبء على السلطة التشريعية ويجعلها تنصرف إلى الاهتمام بالقواعد الأساسية عند وضع القوانين دون التفصيلات.

فتخويل السلطة التنفيذية بوضع التشريع الفرعي إذن ناتج عن الرغبة في تخفيف أعباء السلطة التشريعية والحرص على تخليص القوانين من التفصيلات الجزئية الكثيرة والتسليم بقدرة السلطة التنفيذية على معرفة هذه التفصيلات واختيار التنظيم الملائم للمصالح والمرافق العامة. لأن السلطة التنفيذية أقدر من السلطة التشريعية على معرفة هذه التفصيلات والجزئيات اللازمة لتنفيذ القوانين بحكم طبيعة وظيفتها التي هي تنفيذ القوانين واتصالها بالجمهور[1]. ولهذا يكتفى في القوانين بوضع القواعد الرئيسة والمبادئ العامة ويترك وضع تفاصيل تنفيذها وجزئياتها للسلطة التنفيذية التي تقوم بتنظيمها في تشريعات فرعية تتصف أيضاً بالعمومية والتجريد وتقترن بالجزاء المادي شأنها شأن التشريع العادي. لأنها لا تنصرف إلى أوامر إدارية متعلقة بفرد معين بالذات أو بواقعة معينة بالذات ، كما لاخوف على المصلحة العامة أو حقوق الأشخاص من قيام السلطة التنفيذية بوضع هذا النوع من التشريع، لأنه على السلطة التنفيذية أن تتقيد فيما تسنه من تشريع فرعي بأحكام التشريع العادي والتشريع الأساسي وفي حدود الغرض منه، وعليه لا يجوز للتشريع الفرعي أن يعدل أو أن يلغي قاعدة من القواعد الواردة في التشريع العادي وإلا عُدّ باطلاً. فمثلاً إذا صدر قانون ما وخول هذا القانون الوزير المختص بوضع تعليمات لتسهيل تنفيذه، يقوم الوزير بوضع تلك التعليمات دون أن تتضمن ما يخالف الشروط الموضوعية الواردة في القانون نفسه وإلا تُعد غير دستورية .

فالسلطة التنفيذية في إصدارها للتشريع الفرعي لا تحل محل السلطة التشريعية حلولاً مؤقتاً ولا تنوب عنها، وإنما تبدو صاحبة اختصاص أصيل نص عليه الدستور لا بصفتها سلطة تشريعية أو سلطة حالّة محلها أثناء غيابها، وإنما بصفتها سلطة صاحبة اختصاص. ولهذا لاتعلق ممارسة هذا الاختصاص على غياب السلطة التشريعية كما في تشريع الضرورة.

وهذا الاختصاص قد يخوله الدستور لرئيس الدولة أو لمجلس الوزراء بعد موافقة

---

(١) انظر الدكتور محمود جمال الدين زكي - المرجع السابق - ص٨٤.

رئيس الدولة. فمثلاً خول الدستور الأردني في المادة (٣١) منه جلالة الملك بأن يأمر بوضع الأنظمة كالآتي: (الملك يصدق على القوانين ويصدرها ويأمر بوضع الأنظمة اللازمة لتنفيذها بشرط أن لا يتضمن ما يخالف أحكامها). بينما خولت المادة (١١٤) منه هذا الاختصاص لمجلس الوزراء بموافقة جلالة الملك في وضع الأنظمة بقولها:(لمجلس الوزراء بموافقة الملك أن يضع أنظمة من أجل مراقبة تخصيص وإنفاق الأموال العامة وتنظيم مستودعات الحكومة).

وفضلاً عن هذا الاختصاص الأصيل الذي خوله الدستور الأردني للسلطة التنفيذية في وضع التشريع الفرعي، فقد تخولها السلطة التشريعية أيضاً بذلك ضمن القوانين التي تصدرها لتنظيم نواحي الحياة في المجتمع . إذ أن التشريع الصادر من السلطة التشريعية قد يخول مجلس الوزراء أو الوزير المختص أو المدير العام أو رئيس المؤسسة بوضع أنظمة أو تعليمات أو قرارات أو بيانات لتسهيل تنفيذ ذلك التشريع أو لتنظيم المرافق العامة أو لضبط الأمن والصحة العامة ، فمثلاً تنص المادة(٢١) من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ على أن:(لمجلس الوزراء أن يضع أنظمة لإنفاذ أحكام هذا القانون ولاستيفاء الرسوم بموجبه ويجوز أن يصدر تعليمات تتعلق بشكل وتسجيل شهادات الجنسية وبيانات اختيار الجنسية واكتساب الجنسية الأردنية والتخلي عنها).

وتنص المادة(٧٩) من قانون السير رقم ١٤ لسنة ١٩٨٤ على أن:(للوزير بالتنسيق مع الجهات المختصة إصدار التعليمات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون والأنظمة الصادرة بموجبه....)، وتنص المادة(٨١) منه على ان:(لمجلس الوزراء إصدار الأنظمة اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون ....).

أما بالنسبة لكيفية سن التشريع الفرعي، فإن سنه لا يحتاج إلى المراحل التشريعية التي يمر بها سن التشريع العادي. لأن جهة واحدة تقوم بتحضيره وإصداره ونشره، سواء أكانت هذه الجهة هي مجلس وزراء أم وزير مختص أم مدير عام أم رئيس مؤسسة.

مبدا التدرج في التشريع :

سبق أن ذكرنا ان القواعد التشريعية ليست صنفاً واحداً ولا بقوة واحدة ، بل تختلف في أهميتها بحسب السلطة المختصة بإصدارها وموضوعها. ولذلك توجد ثلاثة أنواع من التشريع تتدرج في الأهمية وهي (التشريع الأساسي والتشريع العادي والتشريع الفرعي) ويعدّ التشريع الأساسي (الدستور) القانون الأعلى في الدولة ويكتسب بذلك علوه الخاص أو سيادة خاصة تستلزم صدور الأنواع الأخرى من التشريعات بالاستناد إليه وعدم جواز

مخالفة أحكامه وإلا عدّ التشريع الأدنى المخالف له غير دستوري ووجب الامتناع عن تطبيقه، سواء أكانت المخالفة شكلية أم موضوعية ، وهذا مايطلق عليه مبدأ (دستورية القانون).

أما إذا صدر القانون صحيحاً وموافقاً للدستور، فيجب الخضوع لأحكامه واحترام قواعده، وهذا مايطلق عليه مبدأ (سيادة القانون).

فالخضوع واجب لجميع القوانين الصادرة من السلطة التشريعية إذا كانت لا تخالف الدستور، والخضوع للتشريع الفرعي الصادر من السلطة التنفيذية واجب إذا كان لا يخالف التشريع العادي والتشريع الدستوري. وكل قاعدة تشريعية أدنى تخضع للقاعدة التشريعية التي تسمو عليها في المرتبة، وهذا مايطلق عليه مبدأ (التدرج التشريعي) الذي يقضي بان كل تشريع أدنى يجب أن لا يخالف التشريع الأعلى. فإذا تعارض تشريعان من مرتبتين مختلفتين وجب ترجيح التشريع الأعلى على التشريع الأدنى[1] .

مبدا رقابة دستورية التشريع:

مما لاشك فيه ان قاعدة التدرج التشريعي هي من المبادئ التي تضمن للأفراد حقوقهم وحرياتهم وتحقق للشعب سيادته . لأن إخضاع التشريع العادي للتشريع الأساسي يجعل السلطة التشريعية مقيدة بالمحافظة على حقوق الأفراد الدستورية وتحقيق سيادة القانون بعدم وضع قانون مخالف للدستور وهذه النتيجة لا يمكن تحقيقها إلا إذا أمكن تعطيل كل تشريع غير دستوري وتجريده من كل أثر إلزامي ، والوسيلة التي تحقق هذه النتيجة في الدول الحديثة هي (رقابة دستورية التشريع)[2].

فبحث الرقابة على التشريع وثيق الصلة بالدراسة الدستورية ، وهذه الرقابة على أنواع عدة ، وتختلف الدول في مدى التسليم بها ، والذي نريد أن نعالجه هنا هو (الرقابة القضائية) فقط. إذ ذكرنا عند دراستنا لأنواع التشريع ومبدأ التدرج التشريعي، ان التشريع يتدرج في القوة والمنزلة. فهو إما أن يكون (أساسياً دستورياً) أو (عادياً رئيسياً) أو (فرعياً) ، وان التشريع الأساسي يأتي في مرتبة الصدارة ويحتل المنزلة الأسمى بالنسبة إلى التشريع العادي والتشريع الفرعي، ويليه التشريع العادي ويعقبهما التشريع الفرعي. ولهذا فإن الرقابة على التشريع الأساسي غير متصورة، لأن التشريع الأساسي يتناول شكل الدولة ونظام الحكم فيها وبيان الحقوق والواجبات الأساسية للأفراد وتحديد السلطات

---

(١) انظر الدكتور علي محمد بدير - المرجع السابق - ص١٤٧.

(٢) انظر الدكتور محمد سامي مدكور - المرجع السابق - ص٦٩-٧١.

العامة في الدولة. وإنما يرد موضوع الرقابة القضائية بالنسبة للتشريع العادي والتشريع الفرعي فقط. إذ يترتب على مبدأ التدرج التشريعي عدم جواز مخالفة أي تشريع أدنى للتشريع الأعلى، بل يجب أن يكون موافقاً له شكلاً وموضوعاً وإلا عدّ غير دستوري. فلا يجوز للتشريع الفرعي أن يخالف أحكام التشريع العادي والتشريع الأساسي، ولا يجوز للتشريع العادي أن يخالف أحكام التشريع الأساسي، لكن يجوز للتشريع الأساسي أن يخالف أحكام التشريع العادي والتشريع الفرعي، كما لو ألغي الدستور وتم وضع دستور جديد جاء بأحكام مخالفة للتشريع العادي أو الفرعي القائم. وإذا تعارض تشريعان من مرتبتين مختلفتين وجب ترجيح التشريع الأعلى وإغفال التشريع الأدنى، كما لايجوز إلغاء تشريع إلا بتشريع آخر مثله أو أسمى منه.

فالتدرج في التشريع من أهم المبادئ التي تضمن للأفراد حرياتهم وللشعب سيادته . لأن خضوع التشريع العادي للتشريع الأساسي يمنع العبث بحقوق الأفراد ، وخضوع التشريع الفرعي لكل من التشريع الأساسي والتشريع العادي يصون للأفراد حقوقهم ويحفظ القوانين التي يسنها البرلمان من العبث .

وضمان عدم التعارض وعدم المخالفة يقتضي فرض رقابة على صحة التشريع العادي والتشريع الفرعي (دستورية القوانين وشرعية الأنظمة والتعليمات) للتأكد من مطابقة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى، سواء أكان ذلك في الشكل أم في الموضوع.فعدم وجود رقابة على دستورية القوانين يخل حتماً بالتدرج في التشريع وما يتبع ذلك من انتهاك لحقوق وحريات الأفراد وسيادة الشعب ويغدو مبدأ المشروعية عديم القيمة ودون أي مضمون ما لم يتقرر الجزاء على السلطة المخالفة للقانون في الدولة .

والأصل أن لا تكون الجهة التي تقوم بهذه الرقابة هي نفس السلطة التي وضعت قواعد التشريع الأدنى. ومن هذا المنطلق تحرص الدول المختلفة عادة على تنظيم الرقابة على التشريع الفرعي والتشريع العادي وتعترف غالبيتها للسلطة القضائية بهذه الرقابة، سواء في الشكل أم في الموضوع، نظراً لما يتسم به القضاء عامة من الاستقلال في أعماله وبعده عن النزوات والأهواء. لذا يتوجب علينا أن نبحث في الرقابة القضائية على صحة التشريع شكلاً، وموضوعاً.

أولاً: الرقابة القضائية على صحة التشريع من حيث الشكل :

ذكرنا سابقاً ان مخالفة التشريع الأدنى للتشريع الأعلى شكلاً تجعل التشريع الأدنى غير دستوري استناداً إلى مبدأ التدرج في التشريع. فالتسليم بتدرج التشريع

(دستوري، عادي، فرعي) يعني لزوم التسليم بوجوب خضوع التشريع الأدنى للتشريع الأعلى في إجراءات سنه. فإذا لم يتم تتبع الإجراءات المنصوص عليها في التشريع الأعلى عند وضع التشريع الأدنى لا يعّد مستوفياً للشكل اللازم لتشريعه و يعتبر مخالفاً للتشريع الأعلى شكلاً. وعلى ذلك يجب توافر الشكل المنصوص عليه في الدستور أو في القانون بالنسبة للتشريع الفرعي أياً كان نوعه (نظام، تعليمات)، كضرورة وضعه من قبل السلطة التنفيذية وإصداره ونشره في الجريدة الرسمية ..إلخ .

كما ان وضع التشريع العادي (القوانين) يتطلب صدوره من السلطة التشريعية التي عينها الدستور وبالمراحل التشريعية المحددة وإصداره من قِبَل رئيس الدولة ونشره في الجريدة الرسمية ...إلخ .

فإذا لم يستوف سن التشريع الفرعي أو التشريع العادي الإجراءات المنصوص عليها في الدستور يعدّ مخالفاً لأحكام الدستور شكلاً. كما لو لم يتم نشرهما في الجريدة الرسمية قبل نفاذهما، أو إذا لم يقر أحد المجلسين التشريع العادي، أو إذا شرع بأكثرية هي دون النصاب اللازم عند التصويت عليه في البرلمان، أو إذا صدر من سلطة أخرى غير السلطة المختصة. وعلى ذلك يكون التشريع العادي أو الفرعي الصادر من سلطة لا تملك حق تشريعه ناقصاً ومعيباً ومخالفاً للشروط الشكلية التي تتطلبها صحة القانون والنظام والتعليمات، وهذا النقص والعيب والمخالفة في إجراءات التشريع محتمل الوقوع في أي وقت، ولذلك لا بد من إيجاد وسيلة مقبولة لمراقبة صحة التشريع تضمن عدم مخالفته للإجراءات اللازمة لوضعه وتفرض الجزاء على هذه المخالفة، وهذا ما يعبر عنه بمبدأ (الرقابة على دستورية القوانين) .[1]

ويصبح التساؤل هنا: هل يملك القضاء العادي أن يناقش دستورية قانون من القوانين ؟. وبعبارة أخرى هل يملك القضاء العادي أثناء رؤية قضية من القضايا أن يبت في كون قانون من القوانين أو تشريع فرعي مطابقاً لأحكام التشريع الأساسي أو مخالفاً له من حيث الشكل، خاصة في حالة عدم وجود نص بذلك في الدستور؟. هذا التساؤل يدفعنا إلى بحث مدى رقابة القضاء على صحة التشريع الفرعي والعادي من حيث الشكل.

فبالنسبة للتشريع الفرعي يتفق الفقه والقضاء على ان للمحاكم العادية باختلاف أنواعها ودرجاتها حق رقابة شرعيته ودستوريته أياً كان نوعه (تنفيذي، تنظيمي، ضبط) وذلك بالامتناع عن تطبيقه في نزاع معين مرفوع إليها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب

---

(١) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير – المرجع السابق – ص١٠٤.

أحد الخصوم إذا كان مخالفاً للتشريع العادي أو الأساسي شكلاً. لأنه لا يمكن أن يعّد تشريعاً ما لم يستكمل إجراءاته ويتخذ الشكل الدستوري المنصوص عليه في الدستور، كما لو لم يصدر من السلطة التنفيذية أو لم ينشر في الجريدة الرسمية قبل نفاذه. ففي هذه الحالة لا يكون واجب الاحترام والتطبيق وللمحكمة حق الامتناع عن تطبيقه. فحق المحكمة يقتصر على الامتناع عن التطبيق فقط دون أن يتعدى إلى الإلغاء مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات.[1]

وقد استقر الفقه والقضاء في أكثر الدول على إعطاء حق رقابة دستورية التشريع الفرعي وقانونيته للقضاء من ناحية الشكل، وعدم التقيد بأي تشريع فرعي لم يستوف الشكل المنصوص عليه في الدستور، كأن يكون صادراً من جهة غير مخولة بتشريعه أو لم يتم نشره في الجريدة الرسمية حسب الأصول قبل نفاذه. ففي حالة حصول هذه المخالفة بين التشريع الفرعي والتشريع الأعلى منه، يعّد القضاء نفسه مقيداً بأحكام التشريع الأعلى. لأن التشريع الفرعي تضعه السلطة التنفيذية في حدود معينه رسمها الدستور، وان قيام السلطة التنفيذية بوضع نظام يتجاوز فيه الحدود الدستورية المرسومة يعّد خروجاً على مبدأ التدرج في التشريع، وللقضاء في هذه الحالة حق الامتناع عن تطبيقه لعدم دستوريته، لكنه ليس له حق إلغاء هذا التشريع مراعاة لمبدأ الفصل بين السلطات .[2]

أما بالنسبة للرقابة القضائية على صحة التشريع العادي من حيث الشكل، فإن إجماع الفقهاء ينعقد عليها أيضاً ، فإذا وجد ان التشريع العادي لم يستوف إجراءات سنه ونفاذه كما رسمها الدستور، فإنه يعّد مخالفاً شكلاً ، كعدم نشره في الجريدة الرسمية قبل نفاذه أو عدم حصوله على الأكثرية اللازمة لإقراره وفق الدستور عند التصويت عليه في البرلمان، أو كصدوره من غير السلطة التشريعية، فيحق للمحاكم أن تمتنع عن تطبيقه في هذه الحالة. لأنه يفتقد قوته الملزمة وينعدم وجوده القانوني، سواء تنبهت المحكمة إلى ذلك من تلقاء نفسها أم بناء على طلب أحد الخصوم. وحق المحكمة هذا أيضاً يقتصر على الامتناع عن تطبيق مثل هذا القانون دون أن يتعداه إلى الإلغاء مراعاة لمبدأ الفصل بين

(١) انظر الدكتور محمد علي امام- المرجع السابق - ص.٢١.

(٢) توجد في بعض الدول محاكم للقضاء الاداري تملك حق إلغاء التشريع الفرعي الباطل شكلاً كما هو الحال في مصر. اذ لمحكمة القضاء الاداري دون المحاكم العادية حق الغاء التشريع الفرعي المخالف للتشريع الاعلى في الشكل وابطاله بدعوى أصلية ترفع اليها بطلب الالغاء في الميعاد القانوني من ذوي الشأن مما يحقق رقابة للقضاء الاداري على عمل السلطة التنفيذية من حيث شرعية التشريع الفرعي الصادر منها، علماً بان اختصاص هذه المحكمة الادارية لا يخل في نفس الوقت بحق المحاكم العادية في رقابة شرعية التشريع الفرعي من حيث الشكل بالامتناع عن تطبيقه إذا كان مخالفاً للدستور أو للتشريع العادي.

السلطات .

ثانياً -الرقابة القضائية على صحة التشريع من حيث الموضوع :

يقصد بصحة التشريع من حيث الموضوع عدم تعارض التشريع الأدنى في أحكامه الموضوعية مع التشريع الأعلى. فالتشريع الفرعي يجب ألا يخالف في أحكامه الموضوعية كلاً من التشريع العادي والتشريع الأساسي. وتوصف الرقابة على صحة التشريع العادي من حيث الموضوع بالرقابة على دستوريته، و يبدو ان الآراء غير متفقه بخصوص رقابة القضاء على صحة التشريع من حيث الموضوع، مما أدى إلى قيام الجدل في الفقه والقضاء حوله، بل اختلف هذا الموضوع من دولة لأخرى بحسب دستورها وما يتضمنه من نصوص في هذا الصدد.

ومن الملاحظ ان هذه المشكلة لا تظهر في الدول ذات الدساتير المرنة، إذ يعد القانون المخالف للدستور تعديلاً له. لأن الدستور العرفي يقبل التعديل بنفس الطريقة التي يتم بها تعديل التشريع العادي من الهيئة التشريعية الاعتيادية، كما في إنكلترا. فإذا أصدر البرلمان البريطاني تشريعاً مخالفاً للدستور عد حكم الدستور ملغياً في حدود ما يقضي به التشريع الجديد ويصبح التشريع الجديد وحده هو الواجب التطبيق. لأنه بمقتضى الدستور البريطاني المرن يعد كل قانون يصدر عن السلطة التشريعية الاعتيادية تشريعاً ملزماً حتى وان عدل هذا القانون بعض المبادئ الدستورية المستقرة في السوابق القضائية وما على المحاكم إلا تنفيذه .

وكذلك لا تثور هذه المشكلة في الدول ذات الدساتير الجامدة إذا كان الدستور فيها ينص على حق القضاء في هذه الرقابة، سواء أناط ذلك بالمحاكم العادية أم بمحكمة خاصة، كما في سويسرا. إذ للقضاء العادي بنص صريح في الدستور حق إغفال حكم التشريع العادي إذا تبين له مخالفته للدستور في موضوعه. وكذلك لا تثار هذه المشكلة في الدول ذات الدساتير الجامدة إذا كان الدستور فيها ينص على منع المحاكم من رقابة دستورية التشريع العادي، كما في بلجيكا وبولندا على أساس ان وظيفة السلطة القضائية هي تطبيق القوانين فقط.

فالمشكلة إذن تثار في الدول ذات الدساتير الجامدة إذا كان الدستور فيها ساكتاً عن التعرض لهذا الموضوع.

وقد انقسم الفقهاء إلى أنصار وخصوم لمبدأ رقابة القضاء العادي على دستورية القوانين واستند كل فريق منهم إلى حجج وأدلة تمسك بها ودافع عنها. إذ قال خصوم منح

هذا الحق للقضاء ما يلي:

١- يجب منع المحاكم من مناقشة دستورية القوانين استناداً إلى مبدأ الفصل بين السلطات الذي يجعل وظيفة سن القوانين من اختصاص السلطة التشريعية، وتطبيق القوانين من وظيفة السلطة القضائية. فتحديد عمل القاضي بتطبيق القانون يحتم عليه أن يطبقه دون البحث عن كونه موافقاً لحكم الدستور أو مخالفاً له. فإذا أجزنا للسلطة القضائية أن تناقش دستورية القوانين، فإن ذلك يمكنها من الهيمنة على السلطة التشريعية والتدخل في أعمالها وإخضاعها لسيطرتها بما يتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات، ويجعل من السلطة القضائية سلطة عليا فوق السلطة التشريعية مع ان كلاً منهما مستقلة عن الأخرى. وفعلاً أخذت دساتير بعض الدول بهذا المبدأ ومنعت القضاء من رقابة دستورية القوانين، كالدستور البلجيكي والدستور اللبناني .

٢- يعد القانون بمجرد استيفائه الإجراءات الشكلية وإصداره بموافقه الرئيس الأعلى للدولة انه قد استكمل جميع أوضاعه الدستورية شكلاً وموضوعاً ويصدر إلى الناس كافة كأوامر نهائية ملزمة (قانون وضعي ملزم). فإصداره يكون بمثابة شهادة ميلاده ودستوريته، ومن ثم لا يجوز للقضاء بتاتاً أن يتعرض لبحث دستوريته.

٣- إذا كان للمحاكم سلطة التحقيق في شرعية التشريع الفرعي و ما يترتب على ذلك من تخويل القضاء حق نقد أعمال السلطة التنفيذية، فإن هذا لا يبرر تخويله مثل هذه السلطة بالنسبة للتشريع العادي الذي تصدره سلطة تشريعية مختصة تباشر حق إصدار القوانين بوصفها تمثل الأمة وتتمتع بثقتها أكثر من السلطتين التنفيذية والقضائية، خاصة إذا كانت منتخبة من قبلها .[1]

٤- يستلزم بحث دستورية القوانين التعرض للتيارات السياسية والنزعات الحزبية التي تكشف عادة مثل هذا الموضوع . في حين ليس من صالح الجماعة إقحام السلطة القضائية في مثل هذه المسائل، إذ ليس من المرغوب فيه زج القضاء ولو بطريق غير مباشر في الشؤون السياسية .

أما حجج أنصار منع حق رقابة دستورية القوانين إلى القضاء، فهي كمايلي:

١- تخضع كل من السلطة التشريعية والقضائية لسلطان القواعد الدستورية. فإذا خالفت السلطة التشريعية أحكام الدستور لا يجوز إرغام السلطة القضائية على مجاراة السلطة

(١) انظر الدكتور سليمان مرقس- المرجع السابق- ص٩٤ والدكتور حسن الخطيب- المرجع السابق-ص١٠٢.

المعتدية في هذه المخالفة. وإنما يتعين الاعتراف لها بحق الامتناع عن تطبيق القوانين المخالفة للدستور وإلا أصبحت هذه السلطة تابعة للسلطة التشريعية تبعية تتنافى مع مبدأ الفصل بين السلطات، ولهذا نصت دساتير بعض الدول صراحة على حق رقابة القضاء على دستورية القوانين ، كما في أمريكا والنرويج وايرلنده.[1]

٢- إذا كانت القوانين مخالفة للدستور، يتعين على المحاكم أن تمتنع عن تطبيقها لأن المحاكم لا تطبق إلا القوانين الكاملة بمعناها الواسع. أما القوانين الناقصة أو المخالفة لمبدأ التدرج التشريعي في شكلها أو موضوعها، فلا تلتزم المحاكم بتطبيقها احتراماً وتطبيقاً لهذا المبدأ. فالدستور أعلى من التشريع العادي وهذا أعلى من التشريع الفرعي ولا يجوز أن يكون التشريع الأدنى مخالفاً شكلاً أو موضوعاً للتشريع الأعلى. فإذا حرمنا القضاء العادي من ممارسة حق رقابة دستورية القوانين، فإن ذلك يعني إرغامه على تطبيق قانون مخالف للدستور وناقص تفرضه السلطة التشريعية، وفي هذا اعتداء على استقلال السلطة القضائية في أداء وظيفتها .[2]

٣- إذا كان الفقه والقضاء يذهبان بالإجماع إلى منح القضاء حق رقابة دستورية التشريع الفرعي وملاحظة عدم مخالفته للدستور وللتشريع العادي في الشكل والموضوع ، وحق ملاحظة عدم مخالفة التشريع العادي للتشريع الأساسي شكلاً، فلماذا ينكر هذا الحق له بالنسبة لرقابة دستورية التشريع العادي موضوعاً ؟ .

٤- ان الاعتراف للمحاكم برقابة دستورية القوانين مبدأ لا يتعارض مع مبدأ الفصل بين السلطات، لأنه لا يؤدي إلى خروج القاضي عن وظيفته الأصلية التي هي تطبيق القانون. فالقضاء إذا وجد أمامه في المسألة الواحدة عدة تشريعات متعارضة، وجب عليه تغليب وترجيح بعضها على البعض الأخر. فإذا كانت متساوية في المرتبة رجح الحديث منها على القديم، وإذا كانت متفاوتة في المرتبة رجح الأعلى منها على الأدنى، هذا من جهة.[3] ومن جهة أخرى ليس من المحتم أن يترتب على ثبوت عدم دستورية قانون معين أن تقضي المحاكم ببطلانه ونسخه وإنما يمكن الاكتفاء فقط بالامتناع عن تطبيقه في القضايا التي تعرض عليها .

إننا نؤيد غالبية الشراح في وجوب قيام القضاء العادي برقابة دستورية

---

(١) انظر الدكتور محمد سامي مدكور- المرجع السابق ص ٧١

(٢) انظر الدكتور توفيق حسن فرج – المرجع السابق – ص ١٦٣

(٣) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير – المرجع السابق – ص ١٠٦

القوانين للحفاظ على حريات الأفراد وحقوقهم من الاعتداء عليها، خاصة بعد الاعتراف بهذا الحق بالنسبة لرقابة صحة التشريع الفرعي شكلاً وموضوعاً ورقابة صحة التشريع العادي شكلاً، فما هو المانع إذن من منحه هذا الحق بالنسبة لرقابة صحة التشريع العادي موضوعاً ؟ خاصة ان رقابة دستورية القوانين تدخل في صميم وظيفة المحاكم المتمثلة في تطبيق التشريع بكل أنواعه. فإذا ما وقع تعارض بين القوانين قامت أمامها صعوبة قانونية يتعين عليها حلها، ولا يكون ذلك إلا بترجيح الأحدث منها إذا تساوت في المرتبة وترجيح الأعلى منها مرتبة إذا تفاوتت في المرتبة دون أن يكون ذلك انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات. إذ ان الرقابة القضائية على دستورية القوانين عامل أساس لحفظ التوازن بين السلطات ومن ثم فهي توافق تماماً مبدأ الفصل بين السلطات وتحقق غايته. لأن الدستور هو القانون الأساسي المنظم للسلطات الثلاث التي تلتزم كل منها بأداء وظيفتها في الحدود التي رسمتها إرادة الأمة صاحبة السيادة العليا في الدستور. فيجب على كل سلطة من هذه السلطات أن تحترم حدود وظيفتها في حدود الدستور باعتباره مصدراً للسلطات جميعاً.

وإذا تجاوزت إحداها حدود الدستور فان السلطات الأخرى المستقلة عنها لا تلتزم بمجاراتها في هذا التجاوز، والقول بغير ذلك ينطوي على هدر مبدأ الفصل بين السلطات.

مبدأ رقابة دستورية القوانين في تشريعات الدول المختلفة والتشريع الاردني :

لقد أنيطت رقابة دستورية القوانين في دساتير دول متعددة بالسلطة القضائية لملاحظة مطابقة القوانين للدستور شكلاً فقط أو شكلاً وموضوعاً معاً. فإذا وجد القاضي مخالفة للدستور فيها امتنع عن تطبيقها بشرط أن يكون القضاء في هذه الحالة مستقلاً استقلالاً تاماً وبعيداً عن الميول والأهواء السياسية ليكون حكمه نزيها وبعيداً عن كل انحياز أو تأثير خارجي.

ففي مصر تنص المادة (١٧٥) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ على ان: (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كله على الوجه المبين في القانون).

ورغم ان هذا النص الدستوري جعل مراقبة دستورية القوانين للمحكمة الدستورية العليا وحدها دون سائر المحاكم، إلا أنه لم يحدد الآثار التي تترتب على ممارسة هذه المحكمة لحقها في مراقبة دستورية القوانين أهي الامتناع عن تطبيقه فقط أم الإلغاء

أيضاً !.[1]

والرقابة الدستورية شائعة في النرويج ورومانيا والبرتغال وألمانيا وكندا وسويسرا والولايات المتحدة الأمريكية. فللمحكمة الاتحادية العليا في أمريكا أن تعلن عن عدم دستورية القوانين التي يسنها البرلمان الأمريكي وأن توقف تنفيذها أو تبطلها. فإذا صدر قانون مخالف للمبادئ الدستورية المقررة - شكلاً أو موضوعاً - يحق للمحكمة الاتحادية العليا أن توقف تنفيذ هذا القانون وتبطله. فمثلاً لما أراد الرئيس ترومان تأميم مصانع الفولاذ في أمريكا وافق البرلمان على اقتراحه وصدر بشكل قانون ملزم، ولكن المحكمة الاتحادية العليا أوقفت تنفيذ هذا القانون وأبطلته بناء على طلب أصحاب مصانع الفولاذ لمخالفته مبادىء الدستور .

وللمحاكم العادية في كل ولاية من الولايات المتحدة الأمريكية حق الرقابة القضائية على دستورية القوانين بالامتناع عن تطبيق قانون مخالف للدستور صادر من برلمان الولاية، لكنها لا تملك حق إلغاء مثل هذا القانون[2] .

وهناك بعض الدول الأخرى التي تنص دساتيرها صراحة على منع القضاء من ممارسة الرقابة القضائية على دستورية القوانين على أساس ان التشريع هو من اختصاص السلطة التشريعية وتطبيق القانون هو من اختصاص السلطة القضائية، وليس للقاضي أن يمتنع عن تطبيق قانون صادر من السلطة التشريعية حتى ولو كان مخالفاً للدستور، سواء أكانت هذه المخالفة شكلاً أم موضوعاً، كما في بلجيكا ولبنان. فمثلاً تنص المادة الثانية من قانون أصول المحاكمات المدنية في لبنان على انه: (لا يجوز النظر في صحة أعمال السلطة التشريعية من جهة انطباق القوانين على الدستور) .[3]

أما في المملكة الأردنية الهاشمية فقد خلت الدساتير الأردنية للسنوات ١٩٢٨، ١٩٤٦، ١٩٥٢من أي نص يتعلق برقابة قضائية على دستورية القوانين في الأردن، فلا هي أعطت للقضاء العادي حق ممارسة هذه الرقابة، ولا هي منعته من ممارسة هذا الحق، وفسر هذا السكوت بأن القضاء العادي في الأردن لا يملك حق رقابة دستورية القوانين وشرعية الأنظمة من حيث الشكل والموضوع ولكن الفقه كان يؤكد باستمرار ان للقضاء

---

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص ١٨١ .

(٢) انظر مؤلفنا - مذكرات في مبادئ العلوم السياسية الجزء الثاني - المرجع السابق - ص ١٦٧ والاستاذ عبد الرحمن البزاز - المرجع السابق - ص ١٨١

(٣) انظر صبحي محمصاني - المرجع السابق - ص ٨٤

العادي الأردني هذا الحق في الوقت الذي كان القضاء العادي ينكر ذلك على نفسه باعتبار أن التشريع الذي يستوفي الأوضاع الشكلية التي نص عليها الدستور يعد تشريعاً سليماً ولا يسوغ للقضاء العادي أن يتعرض لتقدير ما إذا كان هذا التشريع متعارضاً شكلاً أو موضوعاً في أي نص من نصوصه مع أحكام الدستور أم لا، بل عليه أن يطبقه كما هو .

وعندما مُنحت محكمة التمييز صفة محكمة عدل عليا بمقتضى القانون المؤقت لتشكيل المحكم النظاميةرقم ٧١ لسنة ١٩٥١ حددت الفقرة (٣)من المادة (١١) منه اختصاصات المحكمة دون التطرق إلى رقابة دستورية القوانين ، وإنما نصت على أن للمحكمة (صلاحية إبطال أي إجراء أو رأي صادر بموجب نظام يخالف الدستور أو القانون بناء على شكوى المتضرر).

ويتضح من هذا النص انه كان للمحكمة حق التحقق من دستورية النظام ومن ثم إبطال الإجراء أو القرار الصادر بموجبه إذا تبين انه يخالف الدستور أو القانون بناء على شكوى المتضرر، دون إلغاء النظام نفسه.

وعندما عرضت قضية على محكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا للنظر في عدم دستورية قانون معين قياساً على ما أجازه النص المذكور من حق إبطال قرار صادر بموجب نظام مخالف للدستور، أنكرت على نفسها حق التحقق من دستورية القوانين، حيث جاء في قرارها رقم ١١/٥١/٦ في ١٩٥١/١٠/٢٥ (ان صلاحية هذه المحكمة بصفتها محكمة عدل عليا قد حددت في الفقرة (٣) من المادة (١١) من قانون تشكيل المحاكم النظامية رقم ٧١ لسنة ١٩٥١ وهذه الفقرة ببنديها لم تخول محكمة العدل العليا حق مناقشة دستورية القوانين، سواء أكانت قوانين مؤقته أم غير مؤقته . ولهذا لايبقى ثمة فائدة عملية من أن تبحث هذه المحكمة فيما إذا كان القانون رقم ١٩٥١/٦٩ الذي حوكم المستدعي بموجبه مخالفاً لأحكام الدستور أم لا).

ولما ألغي هذا القانون وحل محله القانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٢، لم ينص القانون الجديد أيضاً على مسألة التحقق من دستورية القوانين بين المسائل التي يعود لمحكمة العدل العليا حق النظر فيها، ولكن محكمة التمييز بصفتها محكمة عدل عليا تراجعت عن قراراتها السابقة التي أنكرت فيها على نفسها حق مراقبة دستورية القوانين وقضت في قرار لها صدر برقم ٦٧/٧٥ بمايلي: (و حيث أن قانون الانتخاب «لمجلس النواب رقم ٢٤ لسنة ١٩٦٠» هو قانون مؤقت وقد نصت المادة ٩٤ من الدستور على

انه يجب أن لا تخالف القوانين المؤقتة أحكام الدستور ، فإن الاشتراط الوارد في الفقرة (ج) سالفة الذكر لايعمل به) .

وفي قرار آخر صدر لها برقم ١٩٦٨/٢٧ امتنعت فيه عن تطبيق قانون مخالف للدستور بقولها: (ان النص الوارد في المادة ٣ من قانون مجلس الإعمار الذي حدد مدة تعيين نائب رئيس مجلس الإعمار لخمس سنوات قابلة للتجديد نص يتعلق بكيفية تعيينه وكان يقتضي بحسب المادة ١٢٠ من الدستور أن يتم ذلك بموجب نظام وليس بموجب قانون، وبالتالي يكون هذا النص مخالفاً للدستور ولا يعمل به).

ثم ألغي القانون الثاني أيضاً وحل محله القانون المؤقت رقم ١١ لسنة ١٩٨٩ الذي تأسست بموجبه محكمة عدل عليا في الأردن ونصت المادة (٩/أ-٧) منه على اختصاص هذه المحكمة دون غيرها بالقضاء في دعاوي إبطال أي قرار صادر بموجب نظام يخالف الدستور أو القانون بناء على طلب المتضرر .

فرقابة دستورية القوانين لم تذكر أيضاً بين اختصاصات المحكمة في النص المذكور، وإنما ذكر اختصاص إبطال أي إجراء أو قرار صادر بموجب نظام يخالف الدستور أو القانون بناء على طلب المتضرر. وأخيراً صدر قانون محكمة العدل العليا رقم ١٢ لسنة ١٩٩٢[1] الذي نصت المادة (٩/أ) منه على ان محكمة العدل العليا تختص دون غيرها بالنظر في الطعون المقدمة من ذوي المصلحة بجملة أمور، منها (الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب إلغاء أي قرار أو إجراء صادر بموجب أي قانون يخالف الدستور أو أي نظام يخالف الدستور أو القانون)، و(الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب وقف العمل بأحكام أي قانون مؤقت مخالف للدستور أو نظام مخالف للقانون أو الدستور)[2]، و(الطعن في أي قرار إداري نهائي حتى ولو كان محصناً بالقانون)، هذا بالنسبة للرقابة الدستورية[3].

وإزاء ما تقدم ذكره فإننا نعتقد بأن للقضاء العادي في الأردن حق الرقابة القضائية

---

(١) نشر هذا القانون في العدد ٣٨١٣ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٩٩٢/٣/٢٥ -ص٥١٧.

(٢) انظر الفقرة (٦) من المادة (٩/أ) من القانون المذكور .

(٣) ونصت المادة(١٠) منه على ان الدعاوى تقام على من أصدر القرار المطعون فيه ويشترط أن تستند الدعوى على سبب أو أكثر من الأسباب التالية:
أ - عدم الاختصاص .
ب- مخالفة الدستور أو القوانين أو الأنظمة أو الخطأ في تطبيقها أو تأويلها.
جـ- اقتران القرار أو اجراءات اصداره بعيب في الشكل .
د- اساءة استعمال السلطة .
وتنص الفقرة (ب) من المادة (٢٦) منه على ان الحكم الذي تصدره المحكمة في أي دعوى تقام لديها يعدَ قطعياً لا يقبل أي اعتراض أو مراجعة بأي طريق من الطرق .

على دستورية القوانين غير المؤقتة في الشكل والموضوع بالامتناع عن تطبيق المخالف منها للدستور شكلاً أو موضوعاً. لأن القضاء لا يطبق إلا القوانين الصحيحة الكاملة وان التشريع المخالف للدستور شكلاً أو موضوعاً سواء أكان عادياً أم فرعياً لا يعد كاملاً وصحيحاً، وان قانون محكمة العدل العليا الأخير قد حدد اختصاصات المحكمة المذكورة في نظر الطعون التي يقدمها أي متضرر بطلب وقف العمل بأحكام أي قانون (مؤقت) مخالف للدستور أو أي نظام يخالف الدستور أو القانون . فاختصاص محكمة العدل العليا هذا في الرقابة الدستورية على القوانين المؤقتة لا يخل بحق المحاكم العادية في الرقابة القضائية على دستورية القوانين غير المؤقتة بالامتناع عن تطبيقها إذا كانت مخالفة للدستور شكلاً أو موضوعاً لعدم دستوريتها.

التقنين:

التقنين يعني تجميع النصوص التشريعية الصادرة من السلطة التشريعية والخاصة بفرع معين من فروع القانون في تقنين واحد يطلق عليه اسم (مجموعة أو مدونة) (Code)، كالقانون المدني والقانون الجنائي والقانون التجاري، وذلك بعد تنسيق تلك القواعد ورفع ما يكون بينها من تناقض ثم إيرادها مرتبة مبوبة بحسب المسائل التي تنظمها في شكل مواد متسلسلة. ولكن قد لا يحتوي التقنين على جميع القواعد القانونية المتعلقة بفرع معين من فروع القانون، إذ ليس في وسع المشرع عمل ذلك مهما بذل من جهد، وانما هو يضم أكثرها وتقوم إلى جانبها عادة قواعد أخرى لا يحتويها التقنين، كالقواعد الجزائية التي ترد في قوانين عديدة غير قانون العقوبات.

والتقنين ليس ظاهرة حديثة، فقد عرفته الجماعات القديمة، خاصة بلاد ما بين النهرين منذ أقدم العصور. إذ عرف العراق القديم تجميعات لقواعد القانون أبرزها خمس شرائع هي شريعة (أوركاجينا) أحد ملوك سلالة لكش الأولى عام (٢٣٥٥ ق.م) وشريعة (أورنمو) مؤسس سلالة أور الثالثة (٢١٥٠ ق.م) وقانون (ايشنونا) الموضوع في مطلع القرن التاسع عشر قبل الميلاد، وشريعة (لبت عشتار) أحد ملوك سلالة آيسن (١٨٧٥-١٨٦٥ ق.م) وشريعة (حمورابي) وهي أشهر الشرائع العراقية القديمة (١٦٩٤ ق.م) التي تم تقنينها عندما أمر حمورابي بكتابة وتجميع القوانين وتبويبها على الحجر والطين وتوزيعها على المدن البابلية لكي يقرأها الناس ويتدبروا أحكامها ويسير القضاة على موادها لتحقيق العدل بين الناس في المجتمع، وخير شاهد على ذلك

(مسلة حمورابي).[1]

وكان الرومان من أكثر أمم العالم اهتماماً بالتقنين و من أشهر مجموعاتهم الأولى(الألواح الاثنى عشر) التي تم تجميع القواعد العرفية فيها عام ٤٥٢ق.م من قِبل هيئة مؤلفة من عشرة حكام بهدف إخراجها من ضمن حدود السرية الخافية على الناس. وكذلك التقنين الذي قام به الإمبراطور جستنيان سنة(٥٢٨ - ٥٣٤م) تثبيتاً وتجميعاً للقواعد الحقوقية الرومانية السائدة آنذاك. وقد انجز هذا التقنين بمدة ست سنوات لإنقاذ الأفراد من الظلم الذي كانوا يتعرضون له بسبب جهل القواعد العرفية ومن سوء معاملة عارفي هذه القواعد ومحتكريها، ولتحقيق المساواة القانونية في المجتمع، وكان له عظيم الأثر في نشر العدل ووضع أسس اعتمدها العالم المتمدين لبناء شرائعه المدنية فيما بعد .[2]

والدولة الوحيدة التي لم تعن بالتقنين هي إنكلترة. وذلك لطبيعة الانكليز المحافظة من جهة، ولما أمتاز به نظامها القانوني من اعتماد السوابق القضائية من جهة أخرى . فلا تزال هذه البلاد خاضعة لما يسمى بالقانون العام (Common Low)، أي مجموعة قوانين شتى مبعثرة قد يصعب على القاضي معرفتها ومعرفة ما ألغي منها.

أما حركة التقنين في الإسلام، فقد بدأت بتدوين القرآن الكريم في عهد الخليفة أبي بكر الصديق، و صار القرآن الكريم هو الكتاب المعتمد في الشريعة الإسلامية ثم دونت السنة في القرن الثالث الهجري، غير ان اختلاف الأحاديث في كتب السنة أدى إلى اختلاف الأحكام المستمدة منها .[3]

وتعد المجموعات الفرنسية التي سميت بمجموعات نابليون الحدث الأول من نوعه في هذا المضمار، خاصة التقنين المدني الذي صدر عام ١٨٠٤م ويعد بداية لحركة التقنين في القوانين الحديثة، وقد أخذ معظم نصوصه من المبادئ القانونية التي كانت سائدة في

---

(١) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير - المرجع السابق -ص١٣٦ والاستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق-ص١٨٨ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق-ص١٥٨ والدكتور هاشم الحافظ -تاريخ القانون -دار الحرية للطباعة -بغداد /١٩٨٠-ص٤٣.

(٢) انظر Dr .paul koschaker . Turkceye Cevieren .Dr .Kudret Ayiter, Modern Hususi Hukuka Giris olarak , Roma Husasi Hukukunun Ana Hatlari - Istanbul -1964 .sf.32

والاستاذ جبرائيل البنا -دروس في القانون الروماني -الطبعة الاولى - مطبعة الاعتماد - بغداد /١٩٤٩ -ص١٧، ٢٤ وميشيل فيليه -ترجمة الدكتور هاشم الحافظ - القانون الروماني - مطبعة الارشاد - بغداد /١٩٦٤ -ص٥٢ وما بعدها والاستاذ عبد الرحمن البزاز - المرجع السابق - ص-١٨٨ .

(٣) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز - المرجع السابق - ص١٨٩ .

فرنسا ومن الكتب الفقهية للفقيهين المشهورين (دوما) و(وبوتيه)، وأعقبت ذلك صدور تقنين المرافعات عام ١٨٠٤م وتقنين التجاري البحري عام ١٨٠٧م ... إلخ .

وتقليداً للتقنينات الفرنسية أخذت الدول الأخرى بفكرة التقنين وسارعت إلى إصدار مجموعات متعددة في فروع القانون المختلفة، كالتقنين المدني النمساوي لعام ١٨١١م والتقنين المدني الإيطالي لعام ١٨٦٥م والتقنين المدني الألماني لعام ١٩٠٠م والتقنين المدني السويسري في الالتزامات لعام ١٩١١م .[1]

وقام الأتراك في عهد الامبراطورية العثمانية بتقنين أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بالمعاملات في مجلة الأحكام العدلية التي صدرت عام ١٨٧٦م وهي المعروفة بإسم (مجلة الأحكام العدلية)، وقد طبقت كقانون مدني في تركيا وغيرها من البلدان التي كانت تابعة للدولة العثمانية ومن بينها شرق الأردن وظلت سارية حتى وقت قريب، ثم سرت حركة التقنين إلى العالم العربي فأقدمت مصر في آواخر القرن التاسع عشر على إصدار تقنينين مدنيين، هما (القانون المدني المختلط) و (القانون المدني الأهلي) اللذان ظلا نافذين حتى عام ١٩٤٩م ، وتأثرت الدول العربية الأخرى بما فعلته مصر فعمدت إلى تقنين أكثر قوانينها ، ومنها العراق الذي ورث بعد تأسيس الدولة سنة ١٩٢١م جميع التقنينات العثمانية وقوانين الاحتلال البريطاني إلى أن صدرت التقنينات الحديثة فيه ، كقانون التجارة رقم ٦٠ لسنة ١٩٤٣م والقانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م وقانون المرافعات المدنية والتجارية لعام ١٩٥٦م وقانون العمل رقم رقم ١ لسنة ١٩٥٨م وقانون العقوبات رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩م ... الخ .

والتقنين بالنسبة إلى مصدره ينقسم إلى قسمين: فهو إما رسمي تصدره الدولة ويأتي بصورة تشريع ضخم صادر من السلطة التشريعية، كالقانون المدني والقانون التجاري وقانون العمل وقانون العقوبات .. إلخ .

وإما غير رسمي يقوم به فقيه أو أكثر دون أن تضفي عليه الدولة الرسمية، كالتقنينات التي قام بوضعها (محمد قدري باشا) عندما جمع أحكام الفقه الإسلامي المتعلقة بالمعاملات والأحوال الشخصية والأوقاف وفق مذهب أبي حنيفة وأصحابه على شكل مواد في كتبه الثلاثة (مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان في قواعد المعاملات المالية) و (الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية) و (قانون العدل والإنصاف للقضاء على مشكلات الأوقاف). ولكن هذه المحاولة لم تلق قبولاً من

---

(١) انظر الدكتور حسن الخطيب – المرجع السابق –ص٧٧ .

الرجال الرسميين فظلت هذه الكتب مراجع تفسيرية غير رسمية. فالتجميع الذي يقوم به الأشخاص أو الهيئات بصورة غير رسمية للقواعد القانونية المتعلقة بأحد فروع القانون أو ببعضها ليس تقنيناً بالمعنى الاصطلاحي الدقيق، وإنما هو تجميع أو تقنين غير رسمي.

ورغم ان إنكلترا أقل الدول اهتماماً بالتقنين من الناحية الرسمية ، إلا أنه قام بعض الفقهاء فيها بوضع مجاميع قانونية غير رسمية متعلقة بأحكام القانون الانكليزي ، ومن ذلك ما قام به (ستيفن) من تجميع لنصوص قانون العقوبات و(دايسي) بالنسبة لأحكام تنازع القوانين في القانون الدولي الخاص و(جنكز) بالنسبة للقانون المدني .[1]

وورثت المملكة الأردنية الهاشمية بعد تأسيس إمارة شرق الأردن سنة ١٩٢١م التقنينات العثمانية بحكم الواقع وبمقتضى معاهدة لوزان المعقودة سنة ١٩٢٣م فضلاً عن القوانين التي أصدرتها إدارة الاحتلال البريطاني فيما بعد، شأنها في ذلك شأن بقية البلدان التي انسلخت عن الامبراطورية العثمانية، كقانون الجزاء العثماني ومجلة الأحكام العدلية وقانون أصول المحاكمات الحقوقية ....إلخ.

فبعد تأسيس إمارة شرق الأردن بقيادة سمو الأمير عبد الله بن الحسين واستقرار الأوضاع السياسية فيها، اهتمت الدولة بوضع تشريعات لتحل محل القوانين العثمانية وقوانين الاحتلال الإنكليزي نظراً لتطور المجتمع والكشف عن قصور تلك القوانين في مجاراة متطلبات التقدم الحضاري والديموقراطية في المملكة، فأصدرت قوانين مؤقتة ألغت بها تلك القوانين القديمة، ثم ألغت تلك القوانين المؤقتة واستبدلت بها تقنينات جديدة أثبتت ظهور ورواج حركة التقنين في الأردن، أهمها قانون البينات رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢م وقانون العقوبات رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠م الذي حل محل قانون العقوبات المؤقت رقم ٨٥ لسنة ١٩٥١م وتعديلاته وقانون العمل رقم ٢١ لسنة ١٩٦٠م وقانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٩ لسنة ١٩٦١م وقانون الأحوال المدنية رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٣م وقانون الأحوال الشخصية رقم ٦١ لسنة ١٩٧٦م والقانون المدني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦م وقانون أصول المحاكمات المدنية رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨م وقانون حماية المؤلف رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢م ... إلخ .

وحركة التقنين مستمرة في المملكة بخطى ثابتة في ضوء الأهداف والمبادئ الدستورية

اهمية التقنين ومزاياه :

ان التقنين هو نوع من التشريع ولهذا فإنه يتميز بجميع مزاياه وكالآتي : –

---

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز – المرجع السابق – ص١٨٩ .

١- ان تجميع القواعد القانونية المتعلقة بفرع معين من فروع القانون في مدونة واحدة يؤدي إلى سهولة ويسر التعرف على تلك القواعد القانونية ويوفر على الباحثين من قضاة ومحامين وأساتذة وغيرهم كثيراً من الجهد في تقصي هذه القواعد. إذ يكفي فتح التقنين والاطلاع على الباب أو الفصل أو المبحث الذي يحتوي ما يراد الوقوف عليه، خاصة ان المدونة مبوبة على شكل مواد متسلسلة ومنسقة .

٢- ان تجميع القواعد القانونية في مدونة واحدة يضفي دقة الصياغة على ما يتضمنه التقنين من نصوص ويزيل الغموض عن القواعد المستمدة من مصادر غير التشريع ويضع ما اشتملت عليه من قواعد في مواضعها بحسب طبيعتها القانونية ووفق ترتيب علمي منطقي .

٣- ان تقنين القواعد القانونية يؤدي إلى تحقيق التناسق بين القواعد القانونية ومنع تكرارها وإلى تفادي التعارض بينها وهو تعارض قد يكون ملحوظاً فيما بين القواعد القانونية المختلفة المتناثرة بين تشريعات متعددة قبل تقنينها .

٤- ان تقنين قواعد القانون يؤدي في الغالب إلى تحقيق الوحدة القانونية في الدولة، والوحدة القانونية من أفضل الوسائل لتحقيق الوحدة السياسية، كما حصل في فرنسا في مطلع القرن التاسع عشر، فقد كان لصدور تقنينات نابليون عام ١٨٠٤م أثرها في توحيد القانون بعد أن كان يختلف من منطقة إلى أخرى. إذ كانت القواعد العرفية تطبق في شمالها وقواعد القانون الروماني في جنوبها.

٥ - ان تقنين القواعد القانونية فرصة ينتتهزها المشرع للاستفادة من القوانين الأجنبية إذا ظهرت فائدتها، وذلك لانه يسهل اقتباس الأحكام الشاملة واستمداد النظريات والمبادئ من المجاميع القانونية الأجنبية الصالحة لإصلاح الحياة القانونية في المجتمع ومسايرة روح العصر ومقتضياته، وهذا ما حدث للقانون المدني المصري الذي تأثر كثيراً بالقانون المدني الفرنسي. كما ان تركيا اعتمدت كلياً في وضع قانونها المدني على القانون المدني السويسري، واعتمدت التقنينات المدنية في ليبيا وسوريا والعراق والأردن على القانون المدني المصري ... إلخ .

عيوب التقنين :

على الرغم من المزايا التي ساقها أنصار التقنين، إلا أنه لم يسلم من الانتقادات، إذ تولى الفقيه الألماني (سافيني) معارضة فكرة التقنين على أساس ما يلي:

١ - ان التقنين يؤدي إلى جمود القانون وعدم مسايرته للتطور في المجتمع وفقاً لمقتضيات

الأحوال الاجتماعية. لأنه يصب القواعد القانونية في صيغ ثابتة يصعب تغييرها نظراً لما يكتسبه القانون المقنن من إحترام في أعين الناس. إذ من المشاهد ان المجتمعات المختلفة التي وضعت أحكامها القانونية في مجاميع مقننة تحرص عليها كثيراً وقد يصل هذا الحرص في المحافظة على التقنين إلى حد التقديس أحياناً. فيحول هذا الشعور العاطفي دون تطور الأحكام القانونية كما ينبغي، وهذا ما حدث قديماً بعد أن وضع (جستنيان) في روما مجاميعه ومنع الفقهاء من شرحها والتعليق عليها. وحدث هذا أيضاً عندما وضع نابليون مجموعته الشهيرة وكان يتعجب من أي شخص يحاول شرح أحكامها أو البحث فيها .

وأيد الفقيه الفرنسي (كابيتان) ما ذهب إليه (سافيني) من ان التقنين يصب القواعد القانونية في قالب الجمود، خاصة في فترة استقرار التقنين، إذ ان التقنين في رأي كابيتان يمر بمراحل ثلاث، (الأولى) تأتي مباشرة بعد صدوره ويكون التقنين في هذه المرحلة مدار نقاش بين مؤيديه ومنتقديه، و (الثانية) تبدأ بعد مضي مدة وجيزة من إصدار التقنين، إذ ينسى الناس ما دار حول التقنين من نقاش ولا يبقى في أذهانهم إلا مزاياه فيتركز فيهم احترامه حتى يبلغ من نفوس الناس حد المهابة والإجلال، و (الثالثة) تأتي بعد مدة غير وجيزة من وضع التقنين، إذ يبدأ احترام الناس للتقنين يضعف تدريجياً على أثر ما يبرز لهم من عيوب ونقص فيه أثناء تطبيق أحكامه .

وقد رد أنصار التقنين على هذه الانتقادات بأن المشرع يستطيع بإرادته المبصرة أن يوجه الأمة إلى غايات معينة عن طريق التشريع ، وهذا التشريع يمكن تعديله كلما دعت الحاجة إلى ذلك. لأنه إذا كان التقنين يصيب القانون بالجمود في الفترة التي ينظر إليها بالتقديس والإجلال، فإن ذلك لا يحول دون التعديل عندما يصبح هذا التعديل أمراً ضرورياً، إذ يقوم به المشرع حينذاك .

٢ - وانتقد التقنين أيضاً على أساس انه لا يحتوي عادة على تعاريف للمصطلحات القانونية التي يستعملها، كالتدليس والغش وحسن النية وسوء النية وغير ذلك ، رغم ما يترتب على هذه المصطلحات من نتائج هامة. وقد رد على هذا الانتقاد، بان المشرع يترك توضيح هذه المصطلحات وغيرها للفقه والقضاء.

المطلب الثاني
احكام الفقه الإسلامي

سبق أن ذكرنا أن المادة الثانية من القانون المدني الأردني حددت المصادر الرسمية

الأصلية والاحتياطية للقانون ورتبتها بتسلسل يقضي بأنه إذا لم يجد قاضي الموضوع النص اللازم في المصدر الرسمي الأصلي (التشريع) لحسم النزاع المعروض أمامه، يتعين عليه الرجوع إلى المصدر الرسمي الاحتياطي الأول وهو (أحكام الفقه الاسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون)، على أساس ان أكثر مواد القانون المدني منقولة من هذا المصدر التاريخي مباشرة، ولهذا لا بد أن يراعى في تفسير قواعد هذا القانون وتطبيقها مصدرها التاريخي الذي نقلت منه وهو (أحكام الفقه الإسلامي). فما هي أحكام الفقه الإسلامي؟ .

الفقه لغة هو فهم وإدراك غرض كلام المتكلم، ومن ذلك ما ورد في القرآن الكريم (وأحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي)[1]، وقوله تعالى (فلولا نفر من كل فرقة منهم طائفة ليتفقهوا في الدين ولينذروا قومهم إذا رجعوا إليهم لعلهم يحذرون)[2].

والفقه اصطلاحاً هو مجموعة الأحكام العملية للمسائل الجزئية المستمدة من أدلتها التفصيلية، سواء أكانت تلك الأحكام مستقاة من النصوص أم من الإجماع أم كانت متحصلة من استنباط المجتهدين[3]. إذ أن نور الشريعة الإسلامية لمع في أوائل القرن السابع الميلادي سنة ٦١٠م بنزول الوحي لأول مرة على سيدنا الرسول الكريم محمد (صلعم) في وقت كان الناس في أشد الحاجة إلى هذه الشريعة التي انبثق منها الفقه الإسلامي الذي يعد أعظم وأوسع فقه حقوقي عرف إلى اليوم في تاريخ البشرية. لأن له قيمة حقوقية لا يحتويها أي فقه آخر، وقد مر تكوينه بمراحل عديدة. ففي عهد الرسول الكريم (صلعم) تركزت مصادر الشريعة الإسلامية في الكتاب والسنة ولم يكن هناك أي مجال لرأي فقيه، لأن الرسول الكريم (ص) كان موجوداً بين الناس وينزل الوحي عليه والمسلمون يتلقون منه أمور دينهم ودنياهم ويقضي بينهم، وعليه لم يقم الفقه مصدراً للشريعة الإسلامية للاعتماد الكلي على الكتاب والسنة، خاصة وان القرآن الكريم لم يكن في هذه المرحلة يتعرض للأحكام المنظمة لشؤون الحياة إلا نادراً، بل عنى بإصلاح العقيدة وتهذيب النفوس وتخليصها من عبادة الأوثان وردهم عن الشرك ودعوتهم إلى التوحيد وترسيخ العقيدة السامية فيهم. ومع ذلك فإن هذا القول محل نظر، لأنه ثبت ان رسول الله (صلعم) قد اجتهد في بعض الوقائع وأذن في الاجتهاد لبعض أصحابه، كاجتهاده في أسارى بدر، وإذنه لمعاذ بن جبل في الاجتهاد عندما بعثه إلى اليمن قاضياً وسأله بم تقضي يا معاذ إذا عرض

---

(١) الآية ٢٨ من سورة طه.

(٢) الآية ١٢٢ من سورة التوبة .

(٣) أنظر حمد عبيد الكبيسي ومحمد عباس السامرائي ومصطفى الزلمي -المرجع السابق- ص٢١ .

عليك قضاء؟ فقال: «أقضي بكتاب الله»، قال: «فإن لم تجد في كتاب الله» قال: « فبسنة رسول الله» قال «فإن لم تجد في سنة رسول الله ولا في كتاب الله» قال اجتهد رأي ولا آلو، فضرب الرسول (ص) صدره وقال: «الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله».[1] وكاجتهاد علي بن أبي طالب في اليمن في حادثة (بئر الزبية) [3].

وتبدأ المرحلة الثانية للفقه بعد وفاة الرسول الكريم (ص) وانقطاع الوحي وبدء عهد الخلفاء الراشدين ولغاية ظهور الائمة وتدوين الفقه في منتصف القرن الرابع الهجري. وكان طابع الفقه الاجتهاد وأخذ الأحكام من النصوص ان وجدت، فإن لم توجد فبالرأي الجماعي أو الفردي . إذ اضطلع الخلفاء الراشدون وكبار الصحابة بعد وفاة الرسول الكريم (ص) وانقطاع الوحي بحمل الأمانة وقيادة الأمة في أمور الدين والدنيا مع اتساع رقعة الدولة الإسلامية وإزدياد الحوادث والوقائع التي لم يعهدوها من قبل. فقد وجد الصحابة ان من واجبهم نشر ما حفظوه من آيات القرآن الكريم بين المسلمين والإفتاء بينهم فيما يطرأ من وقائع وأمور لا حكم لها في الكتاب والسنة، ومن هنا قام الفقه مصدراً للشريعة الإسلامية، وكان الصحابة يباشرون الإفتاء مجتمعين أول الأمر حين كانت حدود الدولة الإسلامية لا تتجاوز شبه جزيرة العرب وكان يمكن للخليفة دعوتهم إلى الإجتماع في المدينة المنورة لإقرار ما يرونه مناسباً من الحلول في الحالات التي لا يوجد فيها النص الصريح في الكتاب والسنة . فإذا أجمعوا على أمر أخذ به الخليفة وطبقه. وكان يندر اختلافهم وعدم حصول إجماعهم، وهكذا اجتهدوا وعملوا بالرأي في ضوء القواعد الشرعية لمعرفة وجه الصواب مما تتعارض فيه الأدلة والحكم بالحظر أو الإباحة وبالصحة أو البطلان على ما يجري بين الناس من علاقات، وقد تميزت تلك الأدلة بأسماء خاصة فيما بعد، كالإجماع والقياس والمصالح المرسلة وسد الذرائع والاستحسان والعرف... إلخ[2].

إلا أنه عندما امتدت الفتوحات وتوسعت الأمصار الإسلامية، توزع الصحابة على

---

(١) رواه أبو داود، كتاب الأقضية رقم ٣٥٩٢، السنن الكبرى. جـ٤ ص٢٤٦ وانظر أيضاً الدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع السابق - ص١١٣. وعبد الرحمن البزاز - المرجع السابق - ص١٤٧.

(٣) تتلخص وقائع هذه الحادثة بان أسداً وقع في بئر الزبية وازدحم الناس عليها، فوقع فيها رجل وأمسك بآخر، وأمسك الثاني بثالث حتى صار فيها أربعة فماتوا .فقضى للأول بربع الدية لانه مات بتدافع المزدحمين حول البئر وبوقوع الثلاثة الذين جذبهم فوقه، فاهدر ما يقابل فعله من الدية، وذلك ثلاثة ارباعها . وجعل للثاني ثلث الدية، لأنه مات بجذب الأول له ووقوع الأثنين اللذين جذبهما فوقه، فأهدر ما يقابل فعله وهو ثلثا الدية، وجعل للثالث نصف الدية لانه مات بجذب الثاني له ووقوع الرابع الذي جذبه، فاهدر ما يقارب فعله وهو نصف الدية، وجعل للرابع الدية كاملة لأنه مات بجذب الثالث له فقط. وحكم بان الواجب كله على قبائل الذين ازدحموا . ولما أبوا قبول هذا الحكم قدموا الى النبي فقال : القضاء كما قضي علي) (انظرحمد عبيد الكبيسي ومحمد عباس السامرائي -المرجع السابق- ص١٠٨).

(٢) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير - المرجع السابق - ص١٥٥.

كثير من هذه الأمصار مثل الكوفة والبصرة والشام ومصر والمدينة المنورة ومكة ومرو ونيسابور والقيروان وقرطبة ... إلخ بشكل لم يعد اجتماعهم في المدينة المنورة ممكناً. فكان هذا التفرق مدعاة للاختلاف وتشعب الاجتهاد تبعاً لتأثر الفقه بالبيئة التي يعيش فيها وتبعاً لتنوع العرف والمألوف في كل بيئة ومجتمع، وصار كل فريق من الصحابة يتولى مهمة الاجتهاد في أحد الأمصار ، وكان يحدث أحياناً أن لا يكون في الولاية من الصحابة سوى فقيه واحد يقوم بالإفتاء فيما يعرض عليه من مسائل، حتى تباينت الآراء وانقسم الفقه إلى (مدرسة أهل الحديث) في الحجاز وعلى الأخص في المدينة المنورة ، و(مدرسة أهل الرأي) في الكوفة بالعراق. وكانت مدرسة أهل الحديث تتسم بنزعة محافظة اتجهت بها إلى السنة النبوية وتكاد أن لا تفتي إلا بها. وكان أنصارها من الذين بقوا في الحجاز ولم يخرجوا إلى الأمصار، كالعباس وعروة بن الزبير وعبد الله بن عمر وغيرهم.

أما مدرسة أهل الرأي فقد اتسمت بطابع تجريدي أساسه الاعتماد على الاجتهاد والرأي بحكم حضارة ومدنية العراق واتساع العمران وتنوع الأحوال الاجتماعية والاقتصادية فيه وكثرة المسائل المسكوت عنها وعدم توفر الحديث في العراق بالكثرة التي كان عليها في المدينة المنورة ، مما دفع الفقهاء إلى مواجهة ذلك باستعمال الرأي والاجتهاد والقياس في معالجة الأمور واستنباط الأحكام الشرعية . وكان أنصارها من الصحابة الذين رحلوا من الحجاز إلى أطراف الدولة الإسلامية كعبدالله بن مسعود وعلقمة وغيرهما[1].

فمن أواخر عهد الأمويين وبداية عهد العباسيين، (من أوائل القرن الثاني إلى منتصف القرن الرابع الهجري) نهض الفقه نهضة رائعة بلغ فيها الذروة ،فاتسعت دائرته وظهرت المصطلحات الفقهية ونشأ علم أصول الفقه وكُتبت أمهات الكتب الشرعية في الفقه والحديث والتفسير، أولها كتاب للإمام الشافعي. وكان القضاء يأخذ بالفقه حتى طغى الفقه على القضاء.

وبعد أن وصل الفقه الإسلامي الى أوج النمو والازدهار في إطار النشاط العام للمجتمع الاسلامي، بدأ في أواخر القرن الرابع الهجري بالركود والتراجع إلى ما كان عليه في عهد الائمة المجتهدين السابقين في منتصف القرن الرابع الهجري ضمن إطار ما أصاب المجتمع الإسلامي من تمزق أدى إلى تقطع أوصاله وانقسامه إلى دويلات وإمارات عدة

(١) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق- ص١٥٩ والدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور احمد حشمت ابو ستيت - المرجع السابق -ص ١١٣ ومحمد كمال عبد العزيز -المرجع السابق-ص١٩ وعبد العزيز النعيم -نظام الحكم والادارة في الاسلام - مسحوبة بالرونيو - الرياض/١٩٦٨ -ص٢٢.

وقيام الحروب بين هذه الدويلات والإمارات مما أصاب الأمة بالتفكك والضعف والانحطاط وبدأ الفقهاء يبتعدون عن الحياة العملية ويكثرون من الفروض الخيالية والجدلية بعد أن ماتت فيهم روح الاستقلال الفكري وانتشرت بينهم روح الخمول والدعة والانقسام والانحياز حتى تعددت المذاهب واختلفت الأحكام في القضايا مع ان الشريعة التي أوصت بها هي شريعة واحدة، ودخل ميدان الفقه من لم يكن أهلاً له وبدأ بعض القضاة بالاجتهاد بأنفسهم ومخالفة آراء الفقهاء، فتقرر حينئذٍ قفل باب الاجتهاد في أواخر القرن الرابع الهجري وتقييد القضاة بالقضاء بموجب المذاهب الأربعة(الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنبلية) وتوقفت حركة الرأي والاجتهاد في فقه أهل السنة [1] وبقي باب الاجتهاد مفتوحاً في الفقه الجعفري. [2]

ومما يلاحظ ان المشرع الأردني لم يقيد القاضي بالرجوع إلى مذهب معين من هذه المذاهب عندما نص في الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون المدني على ما يلي:(فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون). ولهذا فإن القاضي الأردني يرجع إلى المبادئ العامة أو القواعد الكلية في أحكام الفقه الإسلامي التي لاتخالف نصوص القانون المدني، وتكون أكثر موافقة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين.

فالدافع إلى تقييد ذلك (بالأكثر موافقة) هو الرغبة في تحقيق التنسيق في الأحكام لاحتمال تعارض الآراء الفقهية في المسائل الجزئية بين المذاهب الأربعة، وبينها وبين أحكام القانون المدني. والواقع أن تأثير أحكام الفقه الإسلامي كمصدر رسمي احتياطي للقانون يقتصر على الأحوال الشخصية والعينية (المعاملات)، ولا تأثير لها في نطاق القوانين التي تكون قواعدها مستمدة من مصادر أخرى ليست من بينها أحكام الفقه الإسلامي، كالقانون الإداري والقانون الدستوري والقانون الجنائي....إلخ.

المطلب الثالث

مبادئ الشريعة الإسلامية

عدّ المشرع الأردني مبادئ الشريعة الإسلامية مصدراً رسمياً احتياطياً ثانياً بعد أحكام الفقه الإسلامي في المادة الثانية من القانون المدني، و يعني ذلك انه إذا عرض نزاع

---

(١) (الحنفية نسبة إلى الإمام أبي حنيفة النعمان ٨٠-١٥٠هـ) و(المالكية نسبة الى الإمام مالك بن انس ٩٣-١٧٩هـ) و(الشافعية نسبة الى الإمام محمد بن ادريس الشافعي ١٥٠-٢٠٤هـ) و(الحنبلية نسبة الى الإمام احمد بن حنبل ١٦٤-٢٤١هـ).

(٢) نسبة الى الإمام جعفر الصادق(٨٠ - ١٤٨هـ).

ما على القاضي في غير مسائل الأحوال الشخصية، فإنه يرجع أولاً ومباشرة إلى التشريع للبحث فيه عن نص يحكم هذا النزاع، وإذا لم يعثر فيه على النص رجع إلى أحكام الفقه الإسلامي ليتلمس فيها الحكم، فإن لم يجد فيها هذا الحكم رجع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية.

ويقصد بمبادئ الشريعة الإسلامية هنا ما شرعه الله سبحانه وتعالى من أحكام لعباده بنصوص القرآن وما خرج من الرسول الكريم (ص) من سنة قولية أو فعلية أو تقريرية. أي (الكتاب والسنة).

ومن الملاحظ ان نصيب القانون المدني الأردني وكذلك العراقي من الأخذ بالشريعة الإسلامية أوفر من نصيب القانون المدني المصري. وعلة ذلك ان الأردن والعراق بقيا خاضعين مدة طويلة لأحكام الفقه الإسلامي المدونة في مجلة الأحكام العدلية التي صيغت فيها هذه الأحكام وجعلت على غرار مواد القوانين المدنية في عهد الإمبراطورية العثمانية عام ١٨٧٦م لتحكم المعاملات المالية تاركة مسائل الأحوال الشخصية لحكم الشريعة الإسلامية. بينما كانت مصر في تلك الفترة خاضعة لأحكام القانون المدني المختلط والقانون المدني الأهلي.

وقصد المشرع الأردني من مصطلح (مبادئ الشريعة الاسلامية) كمصدر رسمي احتياطي للقانون، هو قواعدها التي تحكم الأحوال العينية (المعاملات) دون قواعدها التي تحكم (العبادات) و(الأخلاق الشخصية)، لأن القانون المدني لايعبأ إلا بقواعد المعاملات[1].

فإذا رجع القاضي إلى الشريعة الإسلامية كمصدر رسمي لتنظيمها للقانون في غير مسائل الأحوال الشخصية واستمد منها الحكم اللازم لحسم النزاع المعروض عليه، فإنه يطبق هذا الحكم على النزاع بصرف النظر عن ديانة أطرافه. أي سواء أكانوا من المسلمين أم من غيرهم.

أما بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية فقد شرع لتنظيمها قانون الأحوال الشخصية المؤقت رقم (٦١) لسنة ١٩٧٦م الذي تعدّ الشريعة الاسلامية مصدراً تاريخياً وحيداً له ومصدراً رسمياً احتياطياً لما فات المشرع من أحكام فيه، ولكن المادة(١٨٣) منه قيدت القاضي في الحالة الثانية بالرجوع إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة مما لم يذكر في هذا

(١) توجد في الشريعة الاسلامية قواعد (عبادات) تنظم الصلة بين المرء وربه، وقواعد (أخلاق شخصية) تنظم واجب الفرد نحو نفسه، وقواعد (معاملات) تنظم العلاقات بين الفرد وغيره في المجتمع كما سبق أن ذكرنا ذلك.

القانون [1].

فقانون الأحوال الشخصية يخضع لأحكامه الأردني المسلم . أما الأردني غيرالمسلم فإنه يخضع في مسائل أحواله الشخصية لقواعد دينه، وإذا اختلف أطراف النزاع في الدين بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية وكان أحدهما مسلماً - كما لو كانت الزوجة مسيحية أردنية أو أجنبية والزوج أردنياً مسلماً - فإن قانون الأحوال الشخصية هو الذي يطبق على نزاعهما أيضاً.[2] وهكذا الأمر بالنسبة لغير المسلمين إذا اختلفوا في الدين والمذهب في نزاع بشأن أحوالهم الشخصية ورفعوا هذا النزاع إلى القاضي الأردني.

واضافة إلى كون مبادئ الشريعة الإسلامية من المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون، فإن أثرها كمصدر تاريخي للعديد من قواعد القوانين الوضعية واضح في الدول الإسلامية، كالأردن والعراق ومصر... إلخ. لأن المشرع في هذه الدول استمد قواعد قانونية عديدة منها، كقواعدالأحوال الشخصية ونظرية التعسف في استعمال الحق وحق الشفعة ... إلخ[3].

فمبادئ الشريعة الإسلامية إذن:-

١- مصدر تاريخي لبعض القوانين الوضعية في الأردن والدول الإسلامية الأخرى، كالقانون المدني وقانون الأحوال الشخصية.

٢- ومصدر رسمي احتياطي للقانون في غير مسائل الأحوال الشخصية بعد التشريع وأحكام الفقه الإسلامي وقبل العرف وقواعد العدالة في المملكة الأردنية الهاشمية ، خاصة في دائرة القانون المدني الذي يحكم الأحوال العينية (المعاملات المالية) بالنسبة للمسلم وغير المسلم.

٣- ومصدر رسمي احتياطي لقانون الأحوال الشخصية يرجع إليه القاضي كلما افتقد النص اللازم في هذا القانون لحسم النزاع المتعلق بمسائل الأحوال الشخصية المعروض عليه بالنسبة للمسلمين، وغير المسلمين الذين لا يتحدون في الدين والمذهب ويرفعون

---

(١) لقد حدد المشرع العراقي مصادر قانون الأحوال الشخصية الصادر سنة ١٩٥٩ بشكل أوضح عندما نص في المادة الأولى منه على أن :

١- تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها.

٢- إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون .

٣- تسترشد المحاكم في كل ذلك بالأحكام التي أقرها القضاء والفقه الاسلامي في العراق وفي البلاد الاسلامية الأخرى التي تتقارب قوانينها من القوانين العراقية).

(٢) انظر الدكتور علي محمد بدير - المرجع السابق- ص ١٨٧ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير - المرجع السابق- ص ١٤٦ ومابعدها والدكتور حسن الخطيب - المرجع السابق- ص ١٥١ ومابعدها.

(٣) انظر الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- المرجع السابق ص١٨٦ والدكتور علي محمد بدير - المرجع السابق - ص١٩١.

قضايا أحوالهم الشخصية إلى القاضي في الأردن والدول الإسلامية الأخرى.

المطلب الرابع
العرف

تعريف العرف وتحديد معناه :

العرف مصدر رسمي احتياطي للقانون يتعين على القاضي الرجوع إليه لتلمس الحلول فيه للمنازعات التي تعرض عليه في حالة افتقاد أي حكم له في التشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية وفقاً للمادة الثانية من القانون المدني الأردني. والعرف عبارة عن عادات وتقاليد يرثها الأبناء عن الآباء والأجداد لتصبح مقدساً وجزءاً من التراث الذي يتمسك به المجتمع ويعتز، كسمة من سمات شخصيته.

وقد عرف الفقهاء العرف بتعاريف مختلفة أوضحوا فيها أركانه وأنواعه وسر قوة إلزامه. ولعل من المفيد أن نحدد معنى العرف لغة قبل بيان معناه اصطلاحاً، فالعرف لغة هو من كل شيء ظهره وأعاليه. فيقال عرف الرمل وعرف الجبل وعرف الديك.

والعرف والعارفة والمعروف ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من خير، وتأنس به وتطمئن إليه، وعلى العموم فإن هذه الكلمة تستعمل في العربية لكل ما ارتفع من كرم المعاني. وعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه (ما استقر في النفوس من جهة المعقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول[1]).

أما العرف اصطلاحاً، فهو اعتياد الناس وتوافقهم على اتباع سلوك معين في بيئة معينة وناحية معينة من نواحي حياتهم الاجتماعية، اعتياداً مطرداً مصحوباً باعتقاد لزوم هذا السلوك ووجوب احترامه والخضوع لأحكامه وترتب الجزاء المادي الحال جبراً على مخالفته.

ومما يلاحظ ان مصطلح العرف كمصطلح التشريع يفيد معنيين: أولهما المصدر الرسمي للقاعدة القانونية. فكما يعد التشريع مصدراً رسمياً للقانون يدل على العمل الذي تقوم به السلطة التشريعية في سن القواعد القانونية، كذلك نجد ان العرف بوصفه مصدراً رسمياً للقانون هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي الحياة الاجتماعية ونشوء قاعدة منه يسود الاعتقاد بلزومها ووجوب احترامها. أي (المصدر الذي تتولد منه

---

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز- المصدر السابق- ص١٠٩ وعبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه - المرجع السابق -ص٢٠٤ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق -ص١٣٩ والدكتور حسن الخطيب- المرجع السابق-ص١٣٤.

ونشوء قاعدة منه يسود الاعتقاد بلزومها ووجوب احترامها. أي (المصدر الذي تتولد منه القاعدة القانونية العرفية).

وهو بمعناه الثاني: يدل على القاعدة القانونية غير المسنونة التي نشأت عما درج الناس عليه من اتباع سلوك معين في شؤونهم مع شعورهم بلزوم احترام هذا السلوك والخضوع لأحكامه، مثلما تدل كلمة التشريع على القاعدة القانونية التي تسنها السلطة التشريعية. أي(ذات القاعدة الملزمة المتولدة نفسها)[1].

وهكذا نجد ان اصطلاح العرف يستعمل أحياناً بمعنى القاعدة القانونية التي تصدر وتستقر عن طريق العرف، ويستعمل أحياناً بمعنى المصدر الذي يولد هذه القاعدة القانونية.

وإذا كانت القاعدة القانونية تصدر من السلطة التشريعية بصورة مكتوبة، فإن القاعدة العرفية لا تصدر من السلطة التشريعية بصورة مكتوبة، بل تنشأ اختيارياً وتدريجياً في أذهان الناس مما ألفوه وساروا عليه في تصرفاتهم التي يتواترون على اتباعها جيلاً بعد جيل قولاً أو فعلاً دون أن تصادم تشريعاً، لشعورهم بضرورتها مع الزمن لسد الحاجات التي لم يعالجها التشريع في المجتمع.

فالقاعدة القانونية مصدرها إرادة الدولة، في حين ان القاعدة العرفية مصدرها اعتبار الناس واعتيادهم على اتباع سلوك معين في حياتهم الاجتماعية واعتقادهم بلزوم هذا السلوك.

الحاجة إلى العرف:

إذا كان التشريع يعد المصدر الرسمي الأصلي العام للقانون في العصر الحديث، فإنه قد لا يحيط تنظيماً شاملاً بدقائق الحياة القانونية ولا يمد القاضي بجميع الحلول. ولذلك تقف إلى جانبه مصادر رسمية أخرى احتياطية، منها العرف.

فالقاعدة العرفية تنشأ بدافع الحاجة إلى تنظيم العلاقات الاجتماعية في المجتمع عند غياب أو نقص التشريع وهذا هو سر قوة العرف في المجتمعات القديمة عندما كان العرف فيها هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية. لأنه عندما يكون التشريع غائباً تماماً أو ناقصاً تقوم الحاجة إلى قيام العرف لتنظيم الحياة الاجتماعية عن طريق اعتياد الناس على اتباع سلوك معين لتنظيم ناحية معينة من نواحي حياتهم الاجتماعية ورسوخ الشعور في أذهانهم بضرورة الالتزام به.

فالروابط الاجتماعية في المجتمع تحتاج إلى التنظيم لمنع تعارضها. وإذا قام المشرع

(١) Phil Harris -An Introduction to Law, weidenfeld And Nicolson - London - 1981. P.54.

بوضع القواعد التشريعية اللازمة لهذا التنظيم خضع لها الأشخاص في علاقاتهم. أما إذا قصر المشرع عن وضع هذه القواعد، فإن الناس يضطرون إلى أن يختطوا لانفسهم قواعد يسيرون عليها في علاقاتهم بعضهم مع البعض الآخر. أي ان القواعد القانونية ضرورة اجتماعية في المجتمع، فإن لم يضعها المشرع وضعها المجتمع عن طريق العرف وهذه هي علة وجود العرف.

وينشأ العرف بإجراء فردي يجري العمل بموجبه من شخص واحد أو قلة من الأشخاص في تصرف معين عندما يصطلح طرفا هذا التصرف على تنظيمه أو عندما يحتكمان إلى شخص آخر للفصل في نزاعهما ويقضي هذا الشخص بحل لهذا النزاع ويقبل الناس على اتباع نفس الحل لتنظيم ذلك التصرف في علاقاتهم لشعورهم بصلاحه عن اقتناع أو عن مجرد رغبة في التقليد والميل إلى المألوف . وهكذا يتسع نطاق العمل بموجبه يوماً بعد يوم حتى يعم الأخذ به وينتشر بين سائر الأشخاص في المجتمع جيلاً بعد جيل مكوناً (عادة) يستقر الناس على تصريف شؤونهم بمقتضاها وتمضي مدة طويلة على شيوع هذه العادة وثباتها دون انقطاع وعن رغبة فيتولد الاعتقاد بضرورة الالتزام بها، ومتى ساد الاعتقاد بوجوب لزوم هذه العادة وترتب الجزاء المادي على مخالفتها، تدخل في زمرة القواعد القانونية الملزمة في صورة قاعدة قانونية عرفية غير مكتوبة تتقيد بها المحاكم كمصدر رسمي احتياطي للقانون.

وعلى هذا النحو ينبعث العرف من ضمير الجماعة اختيارياً ليعبر عن إرادتهم ويستخلص من واقع حياتهم ليسد النقص في التشريع ولا يصدر عن المشرع. و يعد صورة صادقة لما يراه ضمير الجماعة وهو أقدم مصدر للقانون، لأنه سبق التشريع في قيامه وإنتاج القواعد القانونية.

اهمية العرف قديماً :

بدأت علاقات البشرية بعادات وأعراف تكونت منها شريعة يُحتكم إليها، وكان للعرف كمصدر للقانون شأن عظيم فيما مضى. إذ كانت العهود القديمة فطرية وبعيدة عن التنظيم السياسي بالمفهوم الحالي وعن تدخل السلطة الحاكمة في تنظيم العلاقات بين الأشخاص في المجتمع بفرض قواعد قانونية ملزمة عليهم، وذلك لضعف السلطة الحاكمة فيها وعدم بلوغها درجة من القوة والاستقرار والتنظيم والسيطرة يسمح لها بفرض مثل هذه القواعد الملزمة، فلم يكن هناك أي مفر من سير الناس في تنظيم أمورهم وفق العادات التي توارثوها عن آبائهم وأجدادهم وحافظوا عليها والتزموا بها لضرورتها.

ومن هنا كان العرف يقوم مقام التشريع كمصدر طبيعي وحيد تتولد منه القواعد القانونية الملزمة في المجتمع، وأحياناً كان العرف يقترن بشعور ديني، فيزيد في مهابته ويضفي عليه قدسية تجعله أعمق أثراً في حياة الأفراد والجماعات[1].

فالرومان أخذوا بالعرف، وكان له أكبر الأثر في تكوين القانون الروماني عندما تم تثبيت القواعد العرفية في صحائف من البرونز على شكل قواعد مدونة صارت تعرف فيما بعد بـ (الألواح الأثنى عشر) التي أصبحت أساساً لما سمى بالقانون المدني الروماني.

وعرفت الشريعة الهندية القواعد العرفية إلا أنهم قاموا بتجميعها أيضاً في مجموعة واحدة سميت بـ(مدونة مانو). وشرائع (حمورابي ولبت عشتار وبيلا لاما) تعد أقدم تدوين للعرف الذي كان سائداً في بلاد ما بين النهرين قديماً. وفي فرنسا كانت القواعد العرفية تحكم الجزء الشمالي والقانون الروماني يحكم الجزء الجنوبي منها قبل الثورة الفرنسية إلى أن صدرت مجموعات نابليون عام ١٨٠٤م ووحدت أجزاء البلاد من الناحية القانونية وأصبح التشريع هو المصدر الرسمي للقانون في فرنسا[2].

وبدأ القانون الإنكليزي بمجموعة من العادات التي كانت تخضع لها القبائل السكسونية ثم اقترنت بعادات القبائل النورماندية التي فتحت الجزيرة الإنكليزية في القرن الحادي عشر. وبتطور المدنية الإنكليزية صار القضاء مصدراً رسمياً للقانون إلى جانب العرف ثم قام التشريع مصدراً آخراً، فأصبح هو والقضاء المصدرين الرسميين المهمين في الشريعة الانكليزية في الوقت الحاضر، ولكن دور العرف لا يزال أكبر.

وعندما ظهرت الشريعة الإسلامية وجدت كثيراً من الأعراف في المجتمع فأقرت الصالح منها وأهدرت الفاسد، مثل عادة وأد البنات، والعادات المصطبغة بالوثنية. لأن العرب قبل الإسلام كانوا يتبعون العرف والعادة كمصدر أصلي وحيد للقواعد الملزمة في العصر الجاهلي. وهكذا حلت مبادئ الشريعة الإسلامية محل العادات والأعراف في المجتمع الإسلامي وقل شأن العرف ولكن دون القضاء عليه. إذ ان العرف لم يختف كلياً من الحياة الإسلامية، بل بقي محافظاً على بعض مكانته في حل المسائل وحكم العلاقات في المجتمع الإسلامي. فما إجماع أهل المدينة أو إجماع المجتهدين في كل عصر من العصور الإسلامية إلا المظهر الحي للاستمرار على الأخذ بالعرف في الإسلام. وقال الرسول

---

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز - المرجع السابق-ص١١١ والدكتور علي محمد بدير - المرجع السابق -ص١٦٧ وعبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه - المرجع السابق --٢٠٥.

(٢) انظر الدكتور حسن الخطيب - المرجع السابق - ص١٣٢ و Phil Harris - P 215

الكريم (صلعم) (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن). ففي هذا الحديث الشريف دلالة واضحة على ان الأمر الذي يراه الناس من الأمور الحسنة، فهو في حقيقته أمر حسن. ولو تصفحنا الكتب الفقهية الإسلامية لوجدنا أن الفقهاء قد اعتمدوا العرف كثيراً في تكملة الأدلة الشرعية وعرفوه تعريفاً صحيحاً. ويرى بعض الفقهاء ان أساس القوة الملزمة للعرف في الشريعة الإسلامية هو قول الله تعالى في كتابه المجيد: (خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين).

كما أثبت الفقهاء استناداً إلى العرف بعض القواعد الكلية التي كانت أساساً لكثير من الأحكام الفرعية، منها (العادة محكِّمة). أي ان العرف عاماً كان أو خاصاً يتخذ دليلاً لإثبات حكم شرعي، و(العبرة للغالب الشائع لا للنادر)، و(المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)، و (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ....) إلى غير ذلك مما أوردته مجلة الأحكام العدلية المستمدة من أحكام الفقه الإسلامي، وقد أُدرج أغلبها ضمن مواد القانون المدني الأردني.

اهمية العرف في الشرائع الحديثة :

لما توطد سلطان الحاكم أصدر أوامره ونواهيه المكتوبة إلى جميع الناس في إقليم دولته فولد التشريع مصدراً جديداً للقواعد القانونية وأخذ نطاقه يتسع ودوره يكبر في إنتاج القواعد القانونية وانكمش دور العرف شيئاً فشيئاً حتى تولى التشريع مركز الصدارة وتخلف مركز العرف وتحولت غالبية قواعده إلى قواعد قانونية مكتوبة عندما تحولت الحياة الزراعية البدائية إلى حضارة مدنية صناعية معقدة[1]، فبقدر ما تقدمت الحياة الاجتماعية وتقوى سلطان الدولة ازدادت أهمية التشريع وأصبح العرف قاصراً عن الوفاء بحاجات الجماعة وعاجزاً عن مسايرة الأوضاع الحديثة إلى أن تحول إلى مصدر احتياطي يكمل ما في التشريع من نقص في أغلب الدول الحديثة واتسع نطاقه كمصدر تاريخي للقواعد التشريعية.

وفي الوقت الحاضر هناك دول تجعل الأولوية للعرف على التشريع في المنزلة، كما هو الحال في الدول الأنجلوسكسونية، وفي شرائع دول أخرى تتساوى منزلة التشريع ومنزلة العرف، كالشريعة الجرمانية، على أساس ان كليهما يعبران عن مشيئة الأمة وإرادتها، ولهذا يجوز لكل نوع منهما أن يعدل أو يلغي النوع الآخر. وفي دول أخرى مرتبة التشريع أعلى من العرف، إذ يعّد التشريع مصدراً رسمياً أصلياً للقانون والعرف مصدراً رسمياً

(١) انظر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي- المرجع السابق - ص١٥٢.

احتياطياً له. ففي العراق ومصر لا يرجع القاضي إلى العرف إلا إذا لم يجد الحكم اللازم في التشريع لحسم النزاع المعروض عليه. بينما في الأردن لا يرجع القاضي إلى العرف إلا إذا لم يجد الحكم اللازم في التشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية لحسم النزاع المعروض عليه[1].

مكانة العرف ودوره في فروع القانون المختلفة:

يختلف دور العرف في إنشاء القواعد القانونية الملزمة باختلاف فروع القانون. فهو يؤدي دوراً هاماً في بعضها وينعدم أثره في بعضها الآخر. ولئن أصاب العرف جزر في محيط القانون الخاص فهو لم يزل يحتل مكاناً سامياً في بعض فروع القانون العام.

ففي القانون الدولي العام مثلاً ما يزال العرف الجاري بين الدول يعد من أهم المصادر التي يستقي منها أحكامه. ولعل مرجع أهمية العرف في القانون الدولي كمصدر هو انعدام المشرع الذي يحق له وضع القواعد القانونية الملزمة للدول جميعاً،عكس مشرع القانون الداخلي.

كما ان حداثة هذا القانون جعلت غالبية قواعده غير مكتوبة سوى المعاهدات والاتفاقيات الدولية، وبقي للعرف الدور الكبير كمصدر مهم له فضلاً عن المعاهدات والاتفاقيات الدولية التي تدخل فيها الدولة بمحض إرادتها. إذ تنص الفقرة (ب) من المادة (٣٨) من دستور محكمة العدل الدولية التابعة للأمم المتحدة على العادات الدولية كمصدر للقواعد التي تحكم بها بقولها: (العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال).

أما بالنسبة للقانون الدستوري - اس القوانين - فإن العرف فيه لا يزال يشغل مكانة مرموقة في كثير من البلدان، بل انه يكون في بعض الأقطار أكثر أهمية من أي مصدر آخر ويقدم على التشريع . فمعظم القواعد الدستورية المهمة التي تسير عليها الحكومات المتعاقبة في بريطانيا ولا تجرؤ على استبدالها تخضع لما يسمى بـ(العرف الدستوري). وذلك لعدم وجود دستور مدون في بريطانيا مما جعل الأحكام الدستورية فيها خاضعة للعرف ويشعر الأفراد بأن احترام الأحكام الدستورية العرفية ضمان لحرياتهم

---

(١) وفي المملكة العربية السعودية نصت المادة (٥٨١) من نظام العمل والعمال لسنة ١٩٦٩م على انه: (لا يجوز لأي لجنة من اللجان المنصوص عليها في هذا الفصل أن تمتنع عن اصدار قرارها بحجة عدم وجود نص في هذا النظام يمكن تطبيقه، وعليها في هذه الحالة أن تستعين بمبادئ الشريعة الاسلامية والقواعد المحلية وما استقرت عليه السوابق القضائية ومبادئ الحق والعرف وقواعد العدالة) أي ان جميع المصادر المذكورة في هذا النص بمستوى واحد في القوة الملزمة وبامكان اللجنة العمالية المختصة الرجوع الى أي واحد منها دون تسلسل معين ، فلها الحرية التامة في الرجوع الى واحد منها قبل الآخر لتلمس الحل اللازم فيه. وهذا غلط شكلي وموضوعي في تدوين النص المذكور.

خاضعة للعرف ويشعر الأفراد بأن احترام الأحكام الدستورية العرفية ضمان لحرياتهم وحقوقهم واستقرار الأمور في الدولة. بينما يتضاءل دور العرف في الدساتير المكتوبة[1].

وبالنسبة للقانون الإداري يعّد العرف من المصادر الرسمية لقواعده عند انعدام النص التشريعي بسبب حداثة هذا القانون وعدم اكتمال وتجميع قواعده . ويقصد بالعرف الذي يعد مصدراً للقانون الإداري ما سارت عليه جهات إدارية في علاقاتها ببعضها وبالجمهور[2] والظاهر أن القضاء الإداري في مصر يرى أن العرف الإداري الذي استقر عليه العمل واطرد هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع مما تجوز المؤاخذة عليه.

و أكدت محكمة العدل العليا الأردنية في بعض أحكامها على اعتبار العرف مصدراً للقانون الإداري بقولها: (العرف الإداري هو ان تسير الإدارة على نحو معين في مواجهة حالة معينة، بحيث تصبح القاعدة التي تلتزمها مختارة بمثابة القانون المكتوب ما دام أن الإدارة سارت على سنن معينة بإطراد المدة الكافية والتزمت به وطبقته دائماً في جميع الحالات الفردية، وكان هذا العرف غير مخالف لأي نص من نصوص التشريع)[3].

أما بالنسبة للقانون الجنائي. فليس للعرف أي دور فيه لاستناد هذا القانون إلى قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص). وكذلك لا أثر له بالنسبة للقانون المالي وقانون أصول المحاكمات الجزائية وقانون أصول المحاكمات المدنية، لأن التشريع هو المصدر الوحيد للقوانين المذكورة.

أما بالنسبة للقانون الدولي الخاص، فللعرف أهمية خاصة كمصدر له، سواء أكان

---

(١) فمثلاً تنص المادة (١٤) من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ على أن: (تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الاديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في المملكة ما لم تكن مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب).

(٢) جاء في حكم لمحكمة القضاء الإداري في مصر أن العرف الإداري الذي استقر العمل عليه واطرد، هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة، بحيث تعتبر مخالفتها مخالفة للنظام المتبع، مما تجوز المؤاخذة عليه. وقد صدر هذا القرار في دعوى رفعها مدير مدرسة أهلية في مصر طلب فيها إلغاء القرار التأديبي الصادر بمجازاته إدارياً لتلاعبه في أوراق الإمتحان ونقله بعض الطلاب من سنة إلى أخرى مرتين متتاليتين في عام واحد بغير استحقاق وتمسك في دعواه بأنه لو صحت الوقائع المنسوبة إليه لما أنطوت على أية مخالفة للقوانين واللوائح أو النظام، لأنه لا توجد قاعدة تنظيمية مدونة تحظر نقل التلميذ مرتين متتاليتين في عام واحد. ولكن المحكمة سجلت في حكمها أن العرف الإداري جرى على عدم جواز ذلك منذ تنظيم الدراسة في فرق متتابعة يمر بها كل تلميذ في ترتيب تصاعدي.

وجاء في قرار آخر لها: (اذا وضعت إحدى الجامعات مشروع لائحة والتزمته وطرقته باطراد دون اصدار تشريع به أصبح هذا المشروع قاعدة تنظيمية تعتبر مخالفتها مخالفة قانونية. ذلك أن المخالفة القانونية ليست مقصورة على مخالفة نص في قانون أو لائحة، بل هي تشمل كل قاعدة جرت عليها الإدارة والتزمتها واتخذتها منهجاً لها (انظر الدكتور منصور مصطفى منصور -المرجع السابق- ص١٣٠ والدكتور شمس الدين الوكيل- المدخل لدراسة القانون- الاسكندرية ١٩٦٢ ص٢٠١ والدكتور حسن الخطيب المرجع السابق- ص١٤٩).

(٣) عدل عليا أردنية، قرارها رقم ٨١/١٩٨٠-مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨١ ص١٢٦٥.

تشريعية، كقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون بلد إبرامه.

أما بالنسبة للقانون التجاري، فللعرف دور كبير كمصدر له، لأن المشرع يترك حل بعض المعاملات التجارية والمسائل الجزئية له، خاصة المسائل الفنية الدقيقة. كما تكثر الإحالة على العرف في حل المنازعات التجارية بسبب طبيعة هذه المعاملات وسرعة تطورها. علماً ان القواعد التي تحكم روابط التجار نشأت أصلاً عن طريق العرف.

وبالنسبة لقانون العمل ما يزال يعتبر العرف مصدراً داخلياً غير رسمي له، بينما يتضاءل دور العرف في نطاق القانون المدني، لأن التشريع فيه قد بلغ الإحاطة والشمول، فهو يعد من مصادره الرسمية الاحتياطية.

اركان العرف :

للعرف ركنان أساسيان هما الركن المادي وهو جسم القاعدة والركن المعنوي وهو روح القاعدة:

اولاً: الركن المادي :

ذكرنا ان اعتياد الناس على إتباع سلوك معين في تنظيم بعض علاقاتهم مدة طويلة وبصورة منتظمة تنشأ عنه (عادة)، وهذه العادة هي الركن المادي للعرف، لا تفرضها السلطة التشريعية في الدولة عكس التشريع، ولا توحي بها جهة معينة عكس المبادئ التي يستقر عليها القضاء في قرارته، بل تنشأ اختيارياً في ضمير الجماعة مما يختطه الأشخاص لأنفسهم من واقع الحياة في المجتمع وفي ضوء الظروف المحيطة بهم والحاجة إلى تنظيم الروابط الاجتماعية بينهم، ويندفع الناس إلى اتباعها في المجتمع ذاتياً بدوافع الإحساس بضرورتها أو صلاحها أو تقليد المألوف. لأن الناس يفضلون السير على ما سار عليه أسلافهم وأجدادهم، ولهذا يشترط في العادة كركن مادي للعرف توافر الشروط الآتية:[1]

أ- أن تكون العادة عامة ومجردة:

من شروط العادة التي ينشأ بها الركن المادي للقاعدة القانونية العرفية الملزمة، أن تكون عامة ومجردة لا ينصرف حكمها إلى شخص معين أو أشخاص معينين بالذات، كما لو كانت خاصة بعائلة معينة بالذات أو قاصرة على فئة صغيرة من الناس، بل يجب أن تتبعها غالبية الأشخاص. لأنه من خصائص القاعدة القانونية الملزمة، العمومية والتجريد

(١) اشترطت الفقرة (٣) من المادة (٢) من القانون المدني الأردني في العرف أن يكون (عاماً وقديماً ثابتاً ومطرداً ولا يتعارض مع أحكام القانون أو النظام العام أو الآداب) في حين لم تكن هناك حاجة لسرد هذه الشروط لأن المشروط بصورة عامة في العرف الذي يعَد مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون أن تتوافر فيه هذه الشروط دون الحاجة إلى سردها.

تتبعها غالبية الأشخاص. لأنه من خصائص القاعدة القانونية الملزمة، العمومية والتجريد بأن تخاطب عموم الأشخاص في المجتمع بصفاتهم لا بذواتهم. ومع ذلك فلا يعني العموم في هذا الصدد أن تكون العادة شاملة تسري على كل الناس وجميع أجزاء إقليم الدولة، بل يكفي أن تكون عامة في المكان الذي تطبق فيه أو على الأشخاص الذين يشملهم حكمها.

ولذلك لا يوجد ثمة ما يمنع من نشوء عرف خاص بجزء معين من إقليم الدولة، فيسمى في هذه الحالة بـ(العرف المحلي) وقد لاحظنا ذلك في فرنسا عندما وجدنا ان الجزء الشمالي منها كان محكوماً بالعرف وجزءها الجنوبي بأحكام القانون الروماني حتى جاءت مجموعات نابليون عام ١٨٠٤م فوحدت هذه القواعد القانونية والعرفية في تقنين واحد.

كما لا يوجد ثمة ما يمنع من نشوء عرف خاص بطائفة معينة من الأشخاص في المجتمع لصفاتهم لا لذواتهم دون أن يفقد صفة العمومية والتجريد، كالتجار والزراع والعمال. وقد يكون العرف خاصاً بمهنة معينة أو بصنف معين من الأصناف، فيسمى (العرف المهني)، كالعرف الساري بين عمال الموانئ أو تجار الحبوب أو زراع القطن، ومع ذلك لا يفقد صفة العمومية والتجريد.[1]

ب- أن تكون قديمة:

ويشترط في العادة التي يتولد منها الركن المادي للقاعدة القانونية العرفية أن تكون قديمة، ولا يقصد بذلك أن تكون قد بدأت منذ عهد معين، وإنما أن يكون قد مضى على نشوئها زمن وأطرد العمل بها واعتاد الناس على اتباعها وتطبيقها. علماً انه لا يوجد حد معين لمدة هذا الاعتياد. لأنها تختلف باختلاف نوع السلوك ومدى تكراره في حياة الأشخاص، ولذلك اختلف الفقهاء في تحديدها. إذ قال بعضهم ان العادة تعدّ قديمة إذا مرت عليها مدة معينة من الزمن، واشترط بعضهم أن تكون هذه المدة مئة عام، واكتفى بعضهم الآخر بثلاثين عاماً. وقال آخرون انها تعدّ قديمة إذا لم يبق بين الأحياء من يتذكر وقت نشوئها، والرأي الراجح هو ان هذه المسألة يترك تقديرها لقاضي الموضوع ليقرر ما إذا كان اعتياد الناس على عادة معينة قد أصبح قديماً أم لا.[2]

جـ- أن تكون ثابتة ومطردة:

ويشترط أن تكون العادة ثابتة ومطردة حتى يتولد منها الركن المادي للقاعدة

---

(١) أنظر الدكتور علي محمد بدير- المرجع السابق- ص(١٧١) والأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق- ص(١٤٠).

(٢) أنظر الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- المرجع السابق- ص١٧٦ والدكتور علي محمد بدير- المرجع السابق- ص١٧٢ والدكتور حسن الخطيب- المرجع السابق- ص١٣٦.

القانونية العرفية. أي أن يتواتر ويعتاد الناس على اتباعها بصورة منتظمة دون أن تتخلل ذلك فترات انقطاع أو توقف، كاتباع الناس لها في بعض الأوقات وعدولهم عنها في أوقات أخرى. وكون العادة ثابتة ومطردة ومعمولاً بها بصورة منتظمة أم لا، مسألة يترك تقديرها للقاضي أيضاً.

د- ألا تكون مخالفة للنظام العام والآداب:

ويشترط ألا تكون العادة التي يتولد منها الركن المادي للقاعدة القانونية العرفية مخالفة للنظام العام والآداب في المجتمع، وأن تكون نافعة للجماعة لا مضرة. فالعادة التي تتنافى مع الأسس الاجتماعية والأخلاقية التي تقوم عليها المُثل العليا للجماعة لا ترتقي أبداً إلى مرتبة العرف وإن طال عليها الأمد، مثل عادة الوساطة في قضاء المصالح، والأخذ بالثأر، ووأد البنات. فهذه العادات رغم انها كانت قديمة وراسخة في أذهان الناس قبل ظهور الإسلام، لكنها لم تولد قاعدة قانونية عرفية ملزمة لتعارضها مع النظام العام في المجتمع الحديث. فعادة الأخذ بالثأر مثلاً تتعارض مع قاعدة أساسية من القواعد التي يقوم عليها المجتمع الحديث، وهي تولي الدولة حق العقاب والقصاص من الذين يعتدون على حياة الأفراد ونظام الجماعة، وأي شيء يخالف هذه القاعدة يتعارض مع النظام العام في الدولة. فحق العقاب وتحديد سعر الفائدة والسعر الإلزامي للأوراق النقدية في الدولة يعتبر من النظام العام، فلا يجوز للعرف أن يخالف هذه الأسس. وكذلك لا يجوز للعرف أن يخالف ما تقضي به الآداب العامة. فلا يجوز أن تقوم عادة تقضي بإنشاء علاقات غير مشروعة خلافاً لما تقضي به الآداب العامة.[1]

هـ- أن يكون اتباع العادة عن اختيار:

ويشترط أن تكون العادة التي يتحقق بها الركن المادي للقاعدة القانونية العرفية مقبولة قبولاً سليماً خالياً من عيوب الإرادة، بمعنى أن يكون اتباعها قد بدأ عن رغبة الناس واختيارهم لا عن رهبة وإكراه. وإذا كان اتباع الناس لعادة قد بدأ عن طريق الإكراه، فإن هذه العادة لا تعد مقبولة قبولاً اختيارياً إلا إذا استمر الناس على اتباعها بمحض إرادتهم بعد زوال ظرف الإكراه.[2]

و- ألا تكون العادة مخالفة للقانون:

وأخيراً يشترط ألا تكون العادة التي يتحقق بها الركن المادي للقاعدة القانونية

---

(١) أنظر الأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق- ص١٤١.

(٢) أنظر الدكتور محمد سامي مدكور- المرجع السابق- ٧٤.

العرفية مخالفة لنص التشريع في الدول التي تجعل الغلبة للتشريع على العرف في المنزلة ما دام العرف يعتبر مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون تلي منزلته منزلة التشريع. فإذا كانت العادة مخالفة لنص التشريع لا يكون لها أية قيمة قانونية. لأن قوة العرف كمصدر للقانون لا تنهض إلا عند انعدام النص التشريعي[1].

ثانياً: الركن المعنوي:

وهو توافر عنصر الإلزام في العادة وذلك بأن يتولد في أذهان الناس الشعور بضرورة احترام القاعدة العرفية وان مخالفتها تستوجب توقيع الجزاء المادي عليهم جبراً. فهذا الشرط جوهري وأساسي لتكوين العرف ويكمن فيه الفرق بينه وبين العادة. لأن العادة لا تصبح عرفاً ملزماً إلا إذا توافر الركن المعنوي فيها. إذ لا يكفي لقيام القاعدة القانونية العرفية أن تتوافر في العادة صفات العمومية والقدم والثبات وعدم مخالفة النظام العام والآداب والتشريع، وإنما لا بد لقيامها من توافر الركن المعنوي الذي به يكتسب صفة الإلزام.[2]

فإذا لم يتوافر الركن المعنوي في العادة لا يقوم العرف الملزم الذي تتولد منه قاعدة قانونية ملزمة مهما طال الزمن على تواتر الناس في اتباعها كسلوك معين، وإنما تبقى مجرد (عادة) توافر فيها الوجود المادي فقط دون الوجود المعنوي. ولذلك لا تعّد عادة تقديم الهدايا بين الناس في المناسبات السارة، كالزواج والأعياد والولادات عرفاً ملزماً رغم قدم اتباع الناس لها. فالناس يقدمون الهدايا في مثل هذه المناسبات لمجرد المجاملة دون أن يشعروا بإلزام تقديمها قانوناً. وسيظل هذا النوع من السلوك في نطاق قواعد المجاملات ولا يتعداه إلى نطاق القواعد القانونية مهما اتصفت بالعموم والقدم والاطراد وعدم مخالفة النظام العام والآداب والتشريع. ومتى تحقق شرط الإلزام في العادة تتحول إلى عرف قانوني ملزم، لأنها تستوفي حينذاك ركنها المعنوي وتصبح مصدراً لقاعدة قانونية ملزمة. ومن أمثلة ذلك ما ثبت في الشعور القائم لدى جمهرة الناس بوجوب رد الهدايا التي قدمها الخطيب لخطيبته، وخاصة (دبلة الخطوبة) في حالة العدول عن إتمام الزواج بفسخ الخطبة.

ومن ذلك أيضاً ما تقرر في كثير من الأقطار من لزوم إضافة نسبة مئوية من النقود إلى قائمة ثمن الطعام أو أجور الفندق وهو ما يسمى بـ (الخدمة). فقد كان دفع هذه النسبة (عادة) أول الأمر تقدم بموجبها هدية اختيارية لخدم الفنادق والمطاعم، وبعد ذلك اكتسبت

---

(١) عدل عليا أردنية، قرارها رقم ٨١/١٠٨ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٢ ص٨٠٥ وقرارها رقم ٨٤/١٤٣ مجلة نقابة المحامين لسنة ١٩٨٥ص٢٨٦.

(٢) أنظر الأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق- ص١٤١ والدكتور حسن الخطيب- المرجع السابق- ص١٣٦.

مصدر الإلزام في القاعدة العرفية:

ذكرنا انه بتوافر الركن المادي والركن المعنوي في سلوك ما تتكون قاعدة قانونية ملزمة مصدرها العرف. فلا يجوز للأشخاص الخروج عليها وإلا تعرضوا للجزاء المادي القانوني. وهنا نتسائل عن مصدر هذا الإلزام في القاعدة العرفية؟.

وسبب هذا التساؤل يعود إلى أن التشريع يستمد قوته الملزمة من السلطة التي تشرعه، بينما العرف لا تشرعه سلطة مختصة كي يستمد منها قوته الملزمة، فمن ماذا يستمد العرف قوته الملزمة إذن؟.

لقد تعددت الآراء واختلفت حول المصدر الذي تستمد منه القاعدة العرفية قوتها الملزمة وكالآتي:

١- ضمير الجماعة ورضا الشعب الضمني:

يرى أنصار هذا الرأي ان المصدر الذي تستمد منه القواعد العرفية قوتها الملزمة هو ضمير الجماعة ورضا الشعب الضمني. لأن العرف كما يرون، هو المصدر الرئيس للقانون ويستمد قوته من نفس الجماعة التي خلقته حينما لا يوجد التشريع -كما كانت الحالة في المجتمعات القديمة أو حينما يكون التشريع ناقصاً، كما في المجتمعات الحديثة- فما القانون إلا وليد البيئة وثمرة التطور ينشأ آلياً نتيجة مايتفاعل في ضمير الجماعة من عوامل مختلفة[١]. وعلى ذلك فإن العرف يستمد قوته الملزمة من اعتياد الجماعة على اتباعه وشعورهم بلزومه وعدم جواز الخروج عليه، وهذا يعني ان رضا الشعب على اتباعه واستقرار قبوله في حكم علاقات الأشخاص في المجتمع باستمرار هو المصدر الذي يخلع عليه القوة الملزمة التي تحمل الأشخاص على الالتزام به والخضوع لأحكامه وترتب الجزاء المادي جبراً على مخالفته.[٢]

وقد أنتقد هذا الرأي لأنه يغالي في عَد القانون إنتاجاً آلياً ذاتياً يخرج من الضمير الجماعي، ويغفل بذلك دور الإنسان ونشاطه الواعي وقدرته الإرادية في تكوين القانون.[٣]

٢- إرادة المشرع الضمنية:

وهذا الرأي لا يعترف بدور العرف في خلق القواعد القانونية اللهم إلا إذا أجاز

---

(١) أنظر الدكتور محمد علي إمام- المرجع السابق -ص٢٦٢ والدكتور علي محمد بدير- المرجع السابق- ص١٧٤.

(٢) لقد نادى بهذا الرأي أصحاب (المذهب التاريخي) في تبرير أصل القاعدة القانونية وعلى رأسهم الفقيه (سافيني)، والتزم به فقهاء القانون الروماني ومن بعدهم فقهاء القانون الفرنسي قبل ظهور الملكية المطلقة في فرنسا.

(٣) أنظر عبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه- المرجع السابق- ص٢٩.

المشرع ذلك صراحة -كنص الفقرة (٣) من المادة (٢) من القانون المدني الأردني التي أسلفنا الإشارة إليها- فيكون مصدر الإلزام في العرف عندئذٍ نص المشرع فقط.

إذ يرى أنصار هذا الرأي ان وصف مصدر القوة الملزمة للعرف برضا الشعب الضمني لا يصدق إلا على المجتمعات التي يكون الشعب فيها هو صاحب سلطة التشريع. أما في المجتمعات التي لا يكون الشعب فيها هو صاحب سلطة التشريع، فإنه يتعذر القول بأن مصدر القوة الملزمة للعرف هو رضا الشعب ما دام الشعب لا يملك سلطة التشريع. فيكون من الأصوب إذن القول بأن مصدر القوة الملزمة للعرف هو إرادة المشرع الضمنية المتمثلة في عدم اعتراضه على وجود العرف وكفالة الدولة لحمل الناس على احترام قواعده بفرض الجزاء المادي على من يخالفه.

فرضا المشرع عن العرف وسكوته حيال تطبيقه دون أن يعترض على اتباعه والعمل بموجبه، ودون قيامه بإلغاء أحكامه بتشريع ناسخ وهو قادر على ذلك، لا يمكن أن يفسر إلا على أساس ان إرادته قد ارتضت تطبيقه وانصرفت ضمنياً إلى اقراره، خاصة ان الشعب سبق أن تنازل عن حقه في التشريع بنفسه عندما قبل دستور الدولة وأناب فيه هيئة لتقوم بوظيفة المشرع عن طريق اتباع إجراءات وأوضاع مرسومة فيه. ولهذا فإن إنشاء القواعد القانونية قاصر على تلك الهيئة وحدها وليس للجماعة أن تقوم بسن قواعد قانونية بنفسها مباشرة لعدم جواز عدولها عن الإنابة التي حصلت، وبالتالي لا يجوز لها أن تخلق قواعد قانونية عن طريق العرف.[1]

وقد أنتقد هذا الرأي أيضاً لأنه يؤدي إلى القول بأن التشريع هو المصدر الوحيد للقواعد القانونية، وان أية قاعدة قانونية لا يمكن قبولها بحسب هذا الرأي إلا إذا وافق المشرع عليها صراحة أو ضمناً. وإذا كان صحيحاً إن الجماعة قد فوضت السلطة التشريعية بحق وضع القانون بالطريقة المعينة المعروفة، فإن ذلك لا يعني سلب هذا الحق نهائيًا من الجماعة و منعها من القيام به عن طريق آخر غير التشريع. لأنه من المبادئ المقررة ان للموكل الحق في القيام بنفسه بمباشرة ما أناب فيه غيره، والعرف إذا ما توافرت شروطه

(١) لقد شاع هذا الرأي لدى أنصار نظرية القانون الوضعي عندما كان شراح القانون يرون في الحاكم المطلق مصدراً وحيداً للقواعد القانونية وعدم إمكان صدور قانون بدون رضاه، وعلى رأسهم الفقيه الانجليزي (أوستن)(١٧٩٠-١٨٥٩). كما قال بهذا الرأي أصحاب مدرسة (الشرح على المتون) ومنهم (أوبري، ورو، وديمولومب) وغيرهم في فرنسا، وهذه المدرسة شبيهة بمذهب الفقيه (أوستن)، وراج هذا الرأي في القرن التاسع عشر لتبرير كون القانون وليد إرادة الدولة ومشيئتها وعدم الاعتراف بأية قاعدة قانونية لا تخرج عن إرادة الدولة (أنظر الأستاذ عبد الرحمن البزاز- المصدر السابق- ص١٧٦ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- المرجع السابق- ص١٧٩ وعبد الجبار فارس المالكي وجبار صابر طه- المرجع السابق- ص٢٠٧ والدكتور علي محمد بدير- المرجع السابق- ص١٠٤).

وأركانه، فإنه يعّد مظهراً لإرادة الأمة ورضاها عن أمر من الأمور. لأن القول بعكس ذلك يتعارض مع منطق التاريخ. فقد كان العرف هو المصدر الوحيد للقواعد الملزمة في المجتمعات القديمة فهو أسبق في وجوده من وجود التشريع، بل ما يزال العرف مصدراً رسمياً للقانون في المجتمعات الحديثة.[1] حيث تأتي مرتبته في الأردن بعد التشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية.

٣- قضاء المحاكم:

ويرى أنصار هذا الرأي إن اعتياد الناس على اتباع سلوك معين لايؤدي إلى تكوين العرف وإنما تطبيق القضاء لهذا العرف هو الذي يُكسب القاعدة العرفية قوتها الملزمة، ولهذا فإن العرف يستمد قوته الملزمة من القضاء، و لا ينشأ تلقائياً بل ينشئه القاضي عن طريق استمراره على الأخذ به وتطبيقه فيما يعرض عليه من منازعات، لأن اجماع الناس على قاعدة عرفية لا يحصل بصورة تلقائية لاختلاف غاياتهم، فيتدخل القضاء ويختار من بين عاداتهم المبهمة، عادة، يطبقها على النزاع المعروض أمامه، ويستمر على تطبيقها حتى يستقر من اطراده إحساس الجماعة بوجوب إلزامها. فتدخل القضاء لإنشاء القواعد العرفية من «العادة» لازم لزوم تدخل النجار لصنع الأثاث من الخشب. ولهذا فإن العرف قبل تدخل القضاء في إقراره وتثبيته ليس إلا مجرد عادة يُنشئ منها حكم القاضي عرفاً ملزماً.[2]

وقد أنتقد هذا الرأي أيضاً لأن الأخذ به يؤدي إلى القول بأن القاضي غير ملزم بتطبيق القواعد العرفية، وهذه نتيجة تتعارض مع النصوص القانونية التي تقضي بتطبيق القواعد العرفية إذا لم يوجد نص في التشريع يحسم النزاع. فالعرف يصبح قاعدة قانونية ملزمة بمجرد توافر أركانه وقبل أن يطبقه القضاء، والقاضي لا يطبقه إلا لأنه قاعدة قانونية قائمة، فهو لا يخلق العرف أو ينشئه وإنما يكشف عن وجوده. لأن الاعتقاد بلزوم العرف يرسخ في أذهان الناس قبل أن يُرفع الأمر إلى القضاء، فإن رفع الأمر إليه وحكم بالعرف، فهو إنما يحكم بمقتضى قاعدة قانونية موجودة أصلاً، ولا يصح القول بأن العرف يوجد لأن المحاكم تطبقه، بل يصح القول بأن المحاكم تطبق العرف لأنه موجود. ولكن مع ذلك يجب عدم إغفال دور القضاء في ترسيخ العرف وتحديد نطاقه ومضمون قواعده وتوكيد صفته

---

(١) أنظر الدكتور حسن كيرة- المرجع السابق- ص٣٤٥.

(٢) ومن أنصار هذا الرأي الفقيه الفرنسي (لامبير) الذي نشر نظريته في مؤلف ضخم عام ١٩٠٢م ليرد بها على نظرية العلم والصياغة التي ساقها (جني) في فرنسا لأول مرة سنة ١٨٩٩م. ولامبير كان عميداً لكلية الحقوق في جامعة ليون وأحد أعضاء لجنة القانون المدني المصري (أنظر الدكتور علي محمد بدير- المرجع السابق- ص١٧٦ والدكتور حسن الخطيب- المرجع السابق- ص١٣٨ وما بعدها والأستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق- ص١٧٦.

الملزمة في نفوس الأشخاص. إذ قد تكون القاعدة العرفية قبل تطبيق القضاء لها محلاً للشك والاختلاف في وجودها ونطاقها. ولكن بمجرد أن تطبقها المحاكم يمتنع كل اختلاف في شأنها لانها تتثبت.

٤- *الضرورة الاجتماعية:*

ويرى أنصار هذا الرأي أن مصدر القوة الملزمة للعرف هو قوة إلزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التي يحتمها ويفرضها وجوب تنظيم المجتمع تنظيماً عادلاً يحقق الصالح العام بالعرف في حالة غياب التشريع أو نقصانه وعدم كفايته. فضرورة العرف لتنظيم علاقات الأشخاص في المجتمع هو سر قوته الملزمة في المجتمعات القديمة عندما لم يوجد فيها التشريع، أو في المجتمعات الحديثة عندما يشوب التشريع النقص. فالعمل بالقاعدة العرفية إذن ما هو إلا نتيجة للضرورة الاجتماعية عند تخلف التشريع أو نقصه وامتثالاً لضرورة احترام التقاليد التي تدفع إلى اتباع المألوف وابتغاء تحقيق الأمن والاستقرار في المعاملات، وإننا بدورنا نؤيد هذا الرأي.[1]

الفرق بين العرف والعادة:

يقع الخلط كثيراً بين العرف و العادة. فقد يستعمل لفظ العرف والعادة غالباً لأداء معنى واحد على أساس انهما من الألفاظ المترادفة. وقد ساعد على ذلك عدم التمييز بينهما في أحكام الفقه الإسلامي، وذكرهما مترادفين من قبل المشرع الوطني في بعض النصوص التشريعية، كالمشرع الأردني [2]والعراقي والمصري .

ولهذا كثيراً ما يستعملان في العربية مترادفين، فيقال هذا هو حكم العرف والعادة،

---

(١) أخذ هذا الرأي بالإنتشار منذ أوائل القرن الحالي ومن أشهر القائلين به العلامة (جيني) و (جوفاره) و (ليبران) وغيرهم.

(٢) لقد نص المشرع الأردني في حالات عديدة على العرف بصورة منفردة، ومثال ذلك نصه في الفقرة (٢) من المادة (٢٣٩) من القانون المدني على أنه: (أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات). وأحال المشرع الأردني إلى العرف بصورة منفردة في المواد التالية من القانون المدني: (٢/١٠٠) و (١٥١) و (٢/١٧٣) و (١٧٧)و (٢/٢٠٢) و (٢٢٤) و (٢٢٥) و (٢٢٦) و (٢/٢٣٩) و (٣٠١) و (٤٧٨) و (٤٩٠) و (٢/٤٩٩) و (١/٥١٢) و (١/٥٢٦) و (١/٥٣٨) و (٢/٥٩٣) و (٦٦٧) و (٦٨١) و (٦٨٢) و (١/٦٨٦) و (٦٩٣) و (٣/٧١٩) و (٧٣٩) و (٧٤٢) و (١/٧٦٩) و (٧٩٣) و (١/٧٩٧) و (٨٠٣) و (٣/٨٠٤) و (٨٠٨) و (٢/٨١٠) و (٨١١) و (٨١٣) و (٥/٨١٤) و (٨٢٤) و (١/٨٥٤) و (١/٨٦٠) و (١/٩١٦) و (٩٢٢) و (١/٩٣٣) و (٢/١٠٢٧) و (١١٤٥) و (١٢٥٨). وأحياناً نص على العرف والعادة بصورة مترادفة كما في الفقرة (١/د) من المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني بقوله: (يجب الضمان على من أستعمل حقه إستعمالاً غير مشروع إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة). وكذلك في المادة (١/١٦٤) منه التي نصت على أن: (١- يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف والعادة). وأحياناً نص على العادة بصورة منفردة، كما في المادة (٢٢٠) منه التي نصت على أن : (١- العادة محكمة عامة كانت أو خاصة. ٢- وتعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر. ٣- تترك الحقيقة بدلالة العادة). وأحياناً أستعمل كلمة (المألوف) كما في المادة (٢/٧١٥) التي نصت على أنه: (فإذا تناول العقد إيجار الأدوات والآلات الزراعية وغيرها وجب على المستأجر أن يتعهدها بالصيانة وأن يستعملها طبقاً للمألوف). وكذلك ذكر كلمة (المألوف) في المادة (٧١٨) بقوله : (على المستأجر أن يستغل الأرض الزراعية وفقاً لمقتضيات الإستغلال المألوف وعليه أن يعمل على أن تبقى الأرض صالحة للإنتاج ...).

أو هكذا يقرر العرف والعادة، في حين أن الفقهين الفرنسي والعربي المعاصرين يميزان بينهما في الاصطلاح القانوني، ويتخذان من عنصر الإلزام معياراً لهذا التمييز. فالعرف أقوى حكماً لأنه اكتسب الركن المادي باعتياد الناس واطرادهم على اتباع سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم، والركن المعنوي بترسيخ اعتقادهم بقوته الملزمة ويترتب الجزاء المادي جبراً على مخالفته ، وهكذا اجتمع فيه الركنان المادي والمعنوي معاً وتحول إلى قاعدة قانونية عرفية ملزمة.

أما العادة، فلا يتوافر فيها سوى الركن المادي فقط دون الركن المعنوي وتنشئ أحكاماً مفسرة أو مكملة لإرادة العاقدين ولا تلزمهما إلا إذا قصدا اتباعها صراحة. إذ يجوز لأي عاقدين أن يتفقا صراحة على اتباع عادة معينة في تعاقدهما، فتسمى عندئذٍ بـ(العادة الاتفاقية) التي تستمد قوتها الملزمة من رضا وإرادة المتعاقدين مما يعوضها عن الركن المعنوي وتصبح ملزمة لهذين العاقدين بموجب اتفاقهما على ذلك.

أما إذا لم يتم الاتفاق على الالتزام بها فتشكل عندئذٍ مجرد (عادة) لاتلزم أحداً.[1] ولهذا أخذ كل من المشرع الأردني والعراقي بهذا المعيار للتفرقة بينهما فذكرا العرف دون العادة كمصدر رسمي للقانون.

فالعادة عرف غير مكتمل الشروط أو ناقص النمو، وكثيراً ما تتطور العادة إلى العرف عندما تتكامل فيها الأركان وتستوفي الشروط، ولكن قبل أن تبلغ مرحلة التكامل لا تعد قاعدة قانونية ملزمة بذاتها ما لم يتفق الطرفان على الالتزام بها، ومن هنا جاء ت تسميتها بـ(العادة الاتفاقية). لأنها لا تستمد قوتها الملزمة من ذاتها، وإنما من اتفاق الطرفين المتعاقدين على الالتزام بها. فالعرف إذن قاعدة قانونية ملزمة بذاتها بينما العادة قاعدة سلوك لم تصل بعد إلى مرتبة القاعدة القانونية الملزمة بذاتها، لأنها استوفت من شروط العرف، الركن المادي فقط دون الركن المعنوي، وهي بذلك ظرف يصلح فقط لتفسير نية المتعاقدين[2].

أما إذا كانت العادة تستمد قوتها الملزمة من إحالة المشرع إليها بنص تشريعي، فعندئذٍ تصبح واجبة الاتباع وترقى إلى مرتبة العرف المكتمل وتكون لها قوة إلزام، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة (١٤) من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ من أن: (تحمي الدولة

---

(١) أنظر الأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق- ص١٤٣
و Prof.Dr.Rona Aybay ve Prof.Dr. Aydin Aybay-sf 163 - المرجع السابق -

(٢) أنظر الأستاذ عبد الرحمن البزاز- المصدر السابق- ص١٢١.

حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في المملكة ما لم تكن مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب)، والمادة (٢٢٠) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن (١-العادة محكمة، عامة كانت أو خاصة ٢- وتعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر ٣- تترك الحقيقة بدلالة العادة).

ومن المفيد أن نضرب هنابعض الأمثلة لكل من العرف والعادة ليتوضح في ضوئها الفرق بينهما:

أمثلة على العرف:

- اعتبار أثاث المنزل ملكاً للزوجة في الدول الإسلامية حتى يثبت العكس.
- حق الزوجة في أن تتسمى بإسم زوجها في الدول الغربية.
- رد الهدايا التي يقدمها الخطيب لخطيبته، لا سيما (دبلة الخطوبة-الشبكة) عند فسخ الخطبة والعدول عن إتمام الزواج.
- إضافة مبلغ من النقود بنسبة مئوية معينة إلى قائمة ثمن الطعام في المطاعم و أجور المنام في الفنادق للخدم.
- دخول المشتملات في بيع الدار من غير ذكر، مثل الأشجار المغروسة في الحديقة والكراج...إلخ.

أمثلة على العادة :

- استنزال وزن الفارغ من وزن المال المباع المعبأ في الأكياس.
- توزيع الأرباح في شركة قامت بين شخص قدم رأس المال وشخص آخر قدم العمل فقط على أساس الثلثين للأول والثلث للثاني.
- تحمل المستأجر أجور مياه الشرب في مدينة الأسكندرية، وتحمل المؤجر هذه الأجور في مدينة القاهرة.
- تسديد بدل إيجار المأجور شهرياً للمنازل في مناطق معينة وتسديده سنوياً في مناطق أخرى. فإذا لم يتضمن عقد الإيجار ما يشير إلى طريقة الدفع ولا ينص القانون على طريقة معينة، فإن المحكمة تحكم وفقاً للعادات السائدة في المنطقة التي يقع فيهاالمأجور.
- تبادل الهدايا في مناسبات الأفراح والمآتم بين المعارف والأصدقاء والأقارب.

علماً بأن بعض هذه العادات قد تحولت إلى نصوص قانونية في الوقت الحاضر.

النتائج المترتبة على التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية:

تترتب على التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية النتائج التالية:

١- يعّد العرف قاعدة قانونية ملزمة بذاتها دون حاجة إلى الاتفاق بين الأشخاص على إلزامها، لأنه يقترن بعنصر الإلزام مثل التشريع تماماً لاجتماع الركنين المادي والمعنوي فيه. بينما العادة الاتفاقية لا تعّد قاعدة قانونية ملزمة بذاتها ما لم يتفق الأشخاص صراحة على تطبيقها. إذ يجوز لأي عاقدين أن يتفقا صراحة على اتباعها وحينذاك تستمد صفة إلزامها من رضا أطراف الاتفاق.

٢- إن العرف كالتشريع يفترض علم الكافة به ويطبق على جميع الأشخاص دون استثناء وليس لأحد أن يدعي الجهل به، عكس العادة الاتفاقية التي ليست إلا مجرد واقعة مادية يتحتم لتطبيق حكمها علم المتعاقدين بها وانصراف إرادتهما إلى الأخذ بها. فإذا جهل الطرفان أو أحدهما أحكامها امتنع تطبيقها.

٣- إن القاضي ملزم بتطبيق العرف كالتشريع - من تلقاء نفسه - على ما يعرض عليه من نزاع وإن لم يتمسك به أحد الطرفين المتنازعين ويطلب تطبيقه ، لكونه قانوناً ملزماً بذاته يجب عليه تطبيقه. بينما العادة الاتفاقية تعد شرطاً في العقد ولذلك لا يطبقها القاضي إلا إذا طلب منه ذلك الخصم المتمسك بها في النزاع.

٤- يتعين على القاضي أن يتحرى بنفسه عن وجود العرف كالتشريع تماماً، ولا يجوز له أن يرفض تطبيقه بحجة عدم إثباته من قِبل من تمسك به. لأن الشخص لا يلزم بإثبات التشريع أو العرف، على خلاف العادة الاتفاقية التي يأتي الإلزام بها نتيجة لاتفاق الخصوم على التقيد بها، ولذلك يجب على من يتمسك بها من الخصوم أن يثبت للمحكمة أولاً وجودها وثانياً يثبت انصراف قصد أطراف العقد إلى اتباعها. أي يقع على الشخص عبء إثباتها وإقامة الدليل على حكمها[1].

٥- لما كان العرف قانوناً ملزماً، فإن الخطأ في تطبيقه والتثبت من توافر عنصريه يخضع لرقابة محكمة التمييز. بينما التثبت من وجود العادة الاتفاقية ومن أن المتعاقدين قصدا اتباعها، فهما مسألتان تتعلقان بالوقائع لا بتطبيق القانون ومن ثم يكون النظر فيهما نهائياً ومن اختصاص محكمة الموضوع ولا يخضع لرقابة محكمة التمييز[2].

انواع العرف:

للعرف نوعان: هما (العرف المكمل للتشريع) الذي يعّد مصدراً رسمياً رابعاً للقانون

---

(١) أنظر الدكتور علي محمد بدير- المرجع السابق- ص١٧٩ والدكتور حسن الخطيب- المرجع السابق- ص١٤٢.

(٢) هذا في البلاد التي تقتصر مهمة محكمة التمييز فيها على نظر المسائل القانونية دون الوقائع.

بعد التشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية، و (العرف المعاون للتشريع) الذي يفسر حكم النص ويكمل أوجه القصور فيه. وسوف نعرض لكل من هذين النوعين بشيء من التفصيل[1] وكالآتي:

اولاً- العرف المكمل للتشريع :

كان العرف هو المصدر الوحيد للقانون في المجتمعات القديمة. وعندما خطت الدولة بعض الخطوات نحو التقدم، وضعت بعض القواعد التشريعية لتنظيم حق العقاب والضرائب والأحوال الشخصية، ولكن هذه القواعد التشريعية لم تكن كافية لسد حاجات المجتمع، فحافظ العرف على مركز الصدارة وظل مصدراً رسمياً للقواعد القانونية إلى أن تركزت سلطة الدولة وبسطت سيطرتها على رعاياها وأجزاء إقليمها وتدخلت في حياة وعلاقات الأشخاص أكثر من الأول، وكل ذلك تطلب سن قواعد تشريعية كافية لإنجاح هذا التدخل، فعهدت إلى السلطة التشريعية مهمة إصدار القواعد التشريعية الكافية لتنظيم العلاقات بين الأشخاص أنفسهم وبينهم وبين الدولة حتى تخلفت مرتبة العرف وتقدم التشريع وتولى الصدارة وأصبح العرف مصدراً رسمياً احتياطياً من مصادر القانون في كثير من دول العالم المعاصر، ومنها الدول العربية. فقد عدّ العرف مكملاً للتشريع رغم اختلاف قوانين هذه الدول في تحديد مرتبته بين مصادر القانون الأخرى. إذ جعله كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري مصدراً رسمياً احتياطياً يلي التشريع مباشرة[2]. بينما جعلته المادة الثانية من القانون المدني الأردني مصدراً رسمياً احتياطياً يلي التشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية بقولها: (١- تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للإجتهاد في مورد النص. ٢- فإذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإن لم توجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. ٣- فإن لم توجد حكمت بمقتضى العرف، فإن لم توجد حكمت بمقتضى قواعد العدالة....).

ثانياً- العرف المعاون للتشريع:

العرف المعاون للتشريع هو العرف الذي يحيل إليه المشرع إما للاستعانة به في تفسير إرادة المتعاقدين، أو لتكملة اتفاقهما في المسائل التفصيلية التي لم ير المتعاقدان

---

(١) أنظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون- المرجع السابق، ص٤٧.

(٢) تنص المادة الأولى من القانون المدني العراقي على أن: (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف ...).

إدراجها في الاتفاق.

إذ قد يحيل المشرع في نص تشريعي حل مسألة ما إلى العرف صراحة لكونه أكثر ملاءمة لحكم ذلك الموضوع، فيعد هذا العرف معاوناً للتشريع ويجب تطبيقه وقبول حكمه حتى لو لم تتجه إليه إرادة المتعاقدين[1].

فمثلاً تنص المادة (٢/٦٦٧) من القانون المدني الأردني بهذا المعنى على ما يلي: (أما الأجرة المستحقة عن وحدة زمنية فيتبع العرف بشأن مواعيد أدائها ... إلخ).

ومن ذلك أيضاً عندما يتخلى المشرع عن تنظيم مسألة ما فيضع القاعدة ويصرح بتركها للعرف، كالمادة (١/٦٩٥) من القانون المدني الأردني التي تنص على أن: (يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات التي تم الاتفاق عليها أو جرى العرف على انه مكلف بها).

وقد يترك المشرع للعرف أو للعادة تنظيم مسائل معينة خارج دائرة التعاقد، كالمادة (١٤) من الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ التي تنص على أن: (تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في المملكة ما لم تكن مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب).

وقد يستعين المشرع بالعرف في تحديد بعض المعايير المرنة التي يستخدمها في القاعدة القانونية، ومن ذلك ما ذهبت إليه المادة (٢/٢٠٢) من القانون المدني الأردني فيما يتعلق بتعيين ما يلتزم به المتعاقد بمقتضى العقد من أن: (ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف وطبيعة التصرف).

فمعيار (مستلزمات العقد) معيار مرن كثيراً ما يصعب تحديد ما يصدق عليه في كل حالة على حدة، ولهذا يستعين المشرع بالعرف في تحديد هذه المستلزمات. ومن ذلك ما ذهبت إليه المادة (٤٩٠) من القانون المدني الأردني فيما يتعلق بتحديد الأشياء التي يلتزم البائع بأن يسلمها إلى المشتري مع المبيع من أن: (يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على انه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد).

وقد تتكون في ذهن المشرع فكرة معينة ولكنه لا يصرح ببيان حدودها وإنما يترك ذلك للعرف[2]. ومثال ذلك ما ذهبت إليه المادة (١/٦٨٦) من القانون المدني الأردني

---

(١) أنظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون- المرجع السابق- ص٥٠ وما بعدها.

(٢) أنظر الدكتور منصور مصطفى منصور -المرجع السابق- ص١٣٤.

بقولها: (يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به أو تنقص منه نقصاً فاحشاً ولا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها).
فالمؤجر لا يضمن للمستأجر العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها.

وقد يستعين المشرع بالعرف للتعرف على نية المتعاقدين، ومن ذلك ما تنص عليه المادة (٢/٢٣٩) من القانون المدني الأردني بقولها: (أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات).

مزايا وعيوب العرف:

بعد أن انتهينا من دراسة ماهية العرف وأركانه وشروطه وأنواعه والفرق بينه وبين العادة وما يترتب على ذلك من نتائج وبيان منزلته بين المصادر الرسمية للقانون وأهميته قديماً وحديثاً وأساس قوته الملزمة، نستطيع أن نحدد مزاياه وعيوبه، خاصة إننا سبق أن تطرقنا إلى بعض هذه المزايا والعيوب عند البحث في مزايا وعيوب التشريع، واتضح لنا أن مزايا العرف تقابل عيوب التشريع وعيوب العرف تقابل مزايا التشريع، كالآتي :

اولاً- مزايا العرف :

العرف ينشأ في الجماعة نتيجة لما جرى الناس على اتباعه من قواعد سلوك في تنظيم علاقاتهم. فمن هذه الحقيقة تتولد جملة مزايا للعرف أبرزها ما يأتي:

١- يعد العرف تعبيراً صادقاً عما ترتضيه إرادة ورغبة المجتمع في تنظيم الروابط. لأنه لما كانت الجماعة هي التي تخلق العرف باطرادها ومثابرتها على السير مدة من الزمن بموجب سلوك معين، فإنه يتفق مع رغباتها وظروفها وحاجاتها العملية لاستناده إلى ما جرى الناس عليه في أحوالهم الاقتصادية والاجتماعية. وعلى ذلك فهو ينشأ من تلقاء نفسه ولا ينبثق عن إرادة سلطة حاكمة مستبدة أو هيئة تشريعية غير منتخبة. وإنما ينبعث عن حاجات الجماعة مباشرة، فيعتبر صورة صادقة لما يرضاه ضميرها ومن هنا لا يمكن أن نتصور قيام عرف يخالف إرادة الجماعة ورغبتها، لأنه يلقى القبول والاستحسان في التطبيق وتقل حالات مخالفة أحكامه، عكس التشريع الذي قد تفرضه سلطة حاكمة مستبدة أو هيئة تشريعية غير منتخبة رغم معارضة الجماعة وعدم رضاها عنه، فلا يكون حينذاك ملائماً لظروف المجتمع وحاجاته ويضيق به الناس

وتكثر حالات مخالفة أحكامه، لأن تطبيقه يجابه مقاومة عنيفة في المجتمع[1].

٢- يساير العرف ظروف الجماعة ورغبتها في نشأته وحياته وزواله. لأنه يتابع المجتمع في تطوره ويبدو أكثر مرونة في مسايرة الأوضاع الاجتماعية من القانون المكتوب، ويتكون مع ظروف الحياة ويتغير بتغيرها ويزول بزوالها. فإذا تغيرت ظروف الجماعة، نجده يتطور ولو ببطء ليساير الظروف الجديدة. وإذا صار لا ينسجم مع ظروف الجماعة تماماً، فإنه ينقضي ويزول تلقائياً، بخلاف التشريع الذي قد يتخلف المشرع سهواً أو نسياناً أو قصداً عن تعديله وتغييره في الوقت المناسب كلما تطورت الظروف الاجتماعية في المجتمع رغم قدرته على التعديل والتغيير، فتصبح أحكامه حينذاك غير ملائمة لظروف الجماعة[2].

٣- يسد العرف النقص في التشريع فيكون مصدراً مكملاً للقانون يعاونه في تنظيم وحكم ما يحيله إليه من الأمور.لأن التشريع مهما بلغت قدرته ودقته قد لا يستطيع الإحاطة بالحلول اللازمة لمواجهة أمور الجماعة كافة، خاصة المسائل التي يستعصي على التشريع تنظيمها لتشعبها وتعقدها ودقتها واختلاف مفهومها من مكان لآخر في الدولة، أو لسرعة تغير الحاجات فيها، ويظهر ذلك بصورة خاصة في القانون التجاري الذي تتشعب مسائله في التفاصيل وتختلف إلى درجة يستعصي على المشرع استيعاب تنظيمها، فيتركها للعرف،أو قد يغفل المشرع عن تنظيم بعض الأمور أو يعجز عن تصور الحلول والفروض والأحكام اللازمة لمشاكل المستقبل على أساس انه بشر وللطاقة البشرية حدود تتأثر بعوامل عديدة، فلا بد عندئذٍ من الرجوع في هذه الحالات إلى العرف لسد النقص الذي قد يظهر في التشريع أو لتكملة أحكامه. لأن العرف وسيلة فطرية لتنظيم المعاملات التي يعجز التشريع عن تنظيمها لتشعبها أو استعصائها على المشرع[3].

---

(١) ومثال ذلك قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي صدر عام ١٩٥٩ في المد الشيوعي ونص على تحريم تعدد الزوجات تحريماً مطلقاً، وتوزيع إستحقاق وأنصبة الورثة في التركة بصورة مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية ترضية للشيوعية الملحدة وضد رغبات المجتمع والدين الحنيف في تلك الحقبة، فجابه مقاومة عنيفة في التطبيق العملي حتى عدل عام ١٩٦٣م لأنه كان تشريعاً مفروضاً على الجماعة وضد رغباتها، فلم تقدم أية محكمة على تطبيقه.

(٢) ومثال ذلك قانون العقوبات البغدادي الذي شرع في العراق عام ١٩٢٣ في ظل الإحتلال البريطاني ورغم عدم ملاءمته ظل سارياً حتى منتصف عام ١٩٦٩، وقانون النفوس العثماني الصادر عام ١٣٣١هـ ١٩١٠م الذي ظل سارياً في الأردن إلى أن ألغي بصدور قانون الأحوال المدنية لسنة ١٩٧٣م.

(٢) أنظر محمد كمال عبد العزيز- المرجع السابق- ص١٧٦ والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي- المرجع السابق- ص١٥٤ والدكتور منصور مصطفى منصور- المرجع السابق- ص١٢٦ والدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت- أصول القانون- القاهرة/١٩٤١- ص٨٨ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص١٨٢.

ثانياً- عيوب العرف :

بجانب مزايا العرف هنالك العيوب الآتية التي تعيبه:

١- ان القاعدة العرفية لا تكون دائماً واضحة الحدود والمضمون على وجه الدقة، وليس من السهل تحديدها والتثبت من وجودها ومضمونها ووقت ظهورها مما قد يثير الاختلاف في الرأي بين القضاة عند تطبيقها تبعاً لوجهة نظر كل واحد منهم. وذلك لأن مضمون العرف ينشأ دون وضعه في وثيقة مكتوبة و بالصياغة المحكمة الفنية التي تدون بها قواعد التشريع لتكفل التعرف على الحقوق والواجبات وتضمن استقرار التعامل. ولذلك قد يشوب الغموض ركنه المعنوي المتضمن اعتقاد الناس بلزومه، عكس القاعدة التشريعية التي تخرج من السلطة التشريعية بشكل مكتوب يتوافر فيه الوضوح والاستقرار اللذان لا يتوافران للقاعدة العرفية، مما يسهل الرجوع إليه والاطلاع عليه وفهمه دون حصول اختلاف حول وجوده ومضمونه عند التطبيق.

٢- العرف مصدر بطيء في إنتاج القواعد القانونية، لأنه بطيء في تكوينه وتطوره وزواله. إذ يتطلب في نشأته وقتاً طويلاً، لأنه يتكون من اعتياد الناس على اتباع سلوك معين مدة طويلة حتى يستقر في أذهانهم إلزامه ووجوب احترامه. ولهذا فإنه قد يعجز عن مواجهة الظروف الطارئة والتطورات والتغييرات الجديدة في المجتمع، فلا يفي بالاحتياجات القانونية للجماعة التي تحتاج إلى قواعد قانونية سريعة لتنظيمها، على النقيض من التشريع الذي يمكن إصداره بسرعة فائقة وسهولة تامة عن طريق السلطة التشريعية، وهذا أمر مهم بالنسبة للمجتمعات الحديثة التي يكون فيها التشريع أقدر على الاستجابة لحاجات الجماعة وتطوراتها الجديدة. فبطء العرف كان متلائماً مع ظروف المجتمعات القديمة لأنها كانت بدائية وبسيطة ولكنه لا ينسجم مع متطلبات المجتمعات الحديثة ذات التطورات السريعة والعلاقات المعقدة[١].

٣- إذا استقرت القاعدة العرفية في الجماعة فلا يكون من السهل التخلص منها لأن الناس يألفون ما يتوارثونه عن الأسلاف ويعتزون به. وعلى ذلك يصعب إلغاء قاعدة عرفية مستقرة بسرعة ولو أصبحت بالية لا تتلاءم مع الظروف الجديدة للجماعة، على النقيض من التشريع الذي يمكن تعديل وإلغاء قواعده من قبل المشرع بسرعة عندما لا تحقق هذه القواعد غاياتها أو عندما تنتفي الحاجة إليها كأداة لتنظيم العلاقات بين

---

(١) أنظر الأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص١١٥.

الأشخاص في المجتمع.

٤- إن العرف يمثل دائماً نزعة المحافظة على القديم وما تنطوي عليه هذه النزعة من حب التقليد والحرص على المألوف وعدم إتاحة الفرصة للأخذ بالأفكار الجديدة التي يرى فيها المصلحون الخير للجماعة إلا بعد زمن طويل، عكس التشريع الذي يمثل دائماً نزعة التجديد.

٥- لا يحقق العرف انسجاماً تاماً في المجتمع الواحد. فقد يكون محلياً يختلف حكمه من جزء إلى آخر في إقليم الدولة الواحدة، فتتعدد الأعراف التي يخضع لها أبناء الدولة الواحدة وتتباين مما يؤدي إلى تعدد النظم القانونية واختلاف القواعد التي تحكم نفس المسائل في البلد الواحد، الأمر الذي ينافي الانسجام الاجتماعي والوحدة القانونية التي هي أساس الوحدة السياسية في المجتمع الواحد ويتعارض مع المصلحة العامة والوحدة الوطنية، عكس التشريع الذي يؤدي إلى وضع قواعد قانونية واحدة تسري على كافة الأشخاص وجميع أجزاء إقليم الدولة دون تفرقة بين منطقة وأخرى.

المطلب الخامس

قواعد العدالة

سبق أن ذكرنا أن قواعد العدالة تعدّ مصدراً رسمياً احتياطياً للقانون بعد أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف. لأن المادة (٢/٣) من القانون المدني الأردني نصت على ذلك بقولها: (... فإذا لم توجد حكمت المحكمة بمقتضى قواعد العدالة).

فالقاضي يرجع إلى قواعد العدالة في النهاية إذا لم يجد الحكم اللازم لحل النزاع المعروض عليه في التشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف. أما إذا وجد الحكم اللازم في أحد هذه المصادر لحسم النزاع المعروض عليه، فلا يجوز له عندئذٍ أن يبحث عن حكم آخرللنزاع المعروض في قواعد العدالة ولو كان الحكم الذي تلزمه به تلك المصادر منافياً لقناعته الشخصية.

وقواعد العدالة فكرة غير واضحة ولا محددة، بل انها شعور كامن في أعماق النفس يكشف عنه العقل السليم وروح العدل الطبيعي بين الناس، ويوحي به الضمير المستنير لايتاء كل ذي حق حقه. فقواعد العدالة تشمل الحلول العادلة لتحقيق الحق والعدل في الحالات التي لا يجد فيها القاضي الحكم اللازم لحسم النزاع المعروض عليه في المصادرالرسمية المختلفة للقانون.

ونظراً لارتباط فكرة العدالة بفكرة القانون الطبيعي ارتباطاً وثيقاً، فقد عدهما بعض الشراح والمشرعين متلازمتين. فمثلاً نص عليهما المشرع المصري بهذا المعنى في المادة (٢/١) من القانون المدني المصري بقوله:(مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة). لأنه إذا أراد القاضي أن يلتزم بقواعد العدالة، وجب عليه الرجوع إلى القانون الطبيعي مبدئياً ليعرف ما يتفرع عنه من قواعد للعدالة التي توافق ظروف الجماعة في النزاع المعروض عليه[1].

والقانون الطبيعي أيضاً فكرة غير واضحة ولا محددة لأنه يتألف من المثُل العليا الثابتة المشتركة بين جميع بني البشر ويجب أن يستلهمها المشرع في كل بلد. أي انه مجموعة القواعد العامة الأبدية الخالدة التي يكشف عنها العقل البشري ويخضع الناس جميعاً لسلطانها وتوجيهها لما فيه خيرهم وصلاحهم، وتشير إليها حكمة الطبيعة المستوحاة من فكرة العدل المطلق ويدركها العقل من القانون الأبدي ولا يتهيأ البقاء لأية جماعة بدونها، لأنها الأصول والموجهات العامة التي تعدّ أساساً ومُثلاً عليا للتنظيم القانوني في كل بلد.

فقواعد العدالة تنشأ خارج نطاق التشريع والعرف، ولا يوجد ضابط تعييني لاستنباطها، بل على القاضي أن يتلمسها بالاجتهاد حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء.

فالقاضي في الأردن ملزم بأن يجتهد في حالة عدم عثوره على حكم لحل النزاع المعروض عليه في المصادر الرسمية الأخرى للقانون، ويجب أن يعتمد اجتهاده هذا على اعتبارات موضوعية عامة لا على التفكير الذاتي الخاص، وأن يرجع إلى مبادئ القانون الطبيعي ويسترشد بأحكام القضاء والفقه للوصول إلى حكم يتوافق وقواعد العدالة. علماً بأن قواعد العدالة كمصدر للقانون لا تمد القاضي بقاعدة قانونية بالمعنى الصحيح عكس بقية مصادر القانون الأخرى، وإنما تلزم القاضي بأن يجتهد حتى يصل إلى حل للنزاع المعروض عليه بما يتفق وروح العدل والإنصاف عندما لا يسعفه النص في التشريع أو الحكم في أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف. أو كما ذكر القانون المدني السويسري في المادة الأولى منه (وعند عدم وجود نص في القانون، يحكم القاضي بالقانون

---

(١) أنظر الدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص١٩٦ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص١٨٨ والدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص١٥٨.

الذي يسنه كما لو كان مشرعاً)[1].

فعلى القاضي أن يستنبط القاعدة القانونية التي كان يضعها لو عهد إليه أمر التشريع في ذلك الموضوع، وهو عندما يرجع إلى قواعد العدالة لاستنباط الحكم اللازم منها لحسم النزاع المعروض أمامه، يتعين عليه وفقاً للمادة (٤/٢) من القانون المدني الأردني (أن يسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر).

وفضلاً عن كون قواعد العدالة من المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون، نجد أن المشرع يحيل إليها أحياناً لبيان حكم بعض المسائل في كثير من الحالات. فمثلاً تنص المادة (١/١٠٠) من القانون المدني الأردني على أنه: (إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة).

ومن ذلك أيضاً ما تنص عليه المادة (٢٠٤) من القانون المدني الأردني من أنه: (إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وفقاً لما تقضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك).

وهكذا في المادة (٢٠٥) منه بالنسبة لرد الالتزام في حالة الحوادث الاستثنائية إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك.

المبحث الثاني
المصادر التفسيرية للقانون

يراد بالمصدر التفسيري المرجع الذي يساعد على تجلية ما في القاعدة القانونية من غموض وتوضيح ما فيها من إبهام. فهو مصدر للاستئناس والاسترشاد، يسترشد به القاضي للتعرف على حقيقة القواعد التي يستمدها من مصادرها الرسمية.

فقد عرفنا من قبل ان القاعدة القانونية تنشط للعمل بعد تكوينها. إذ تقوم المحاكم بتطبيقها ويتولى الفقه شرحها والتعليق عليها. فتعليقات الفقهاء على القاعدة القانونية

---

(١) أنظر الأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق- ص١٥٠ وما بعدها والأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص١٢٩-١٣١.

وقرارات المحاكم الصادرة بالاستناد إلى هذه القواعد تنشئ المصادر التفسيرية للقانون التي تنحصر في (القضاء والفقه). ويمثل الفقه الجانب النظري للقانون ويمثل القضاء الجانب العملي منه.

والقاضي يسترشد بالقضاء والفقه عند تطبيقه للقانون على النزاع المعروض أمامه في تفسير القاعدة القانونية المرادتطبيقها إذا كانت بحاجة إلى التفسير لتوضيح مضمونها وتحديد نطاقها واستخلاص الحكم منها لحسم النزاع. ولهذا فإن المصادر التفسيرية لا تُكسب القاعدة القانونية صفة الإلزام، عكس المصادر الرسمية التي تُكسب القاعدة القانونية صفة الإلزام. أي ليس للفقه والقضاء أية صفة رسمية في خلق القواعد القانونية في أغلب الدول عدا الدول ذات النزعة الأنجلوسكسونية التي يعد القضاء فيها مصدراً رسمياً أصلياً للقانون، مثل إنجلترا ونيوزيلندا واستراليا وجنوب افريقيا.

ومما تجدر الإشارة إليه أن العلاقة وثيقة جداً بين القضاء والفقه. لأن كل واحد منهما يكمل الآخر. فالقاضي يسترشد برأي الفقيه، والفقيه يستفيد من تجارب القاضي فيتجه بفقهه الوجهة التي تتفق مع مقتضيات الحياة العملية، ولهذا قيل أن خير تفسير للقانون هو ما توافرت له تجربة القاضي ونظرة الفقيه، وسنتكلم عنهما في المطلبين التاليين بشيء من التفصيل وكالآتي:

المطلب الأول
القضاء

يفيد لفظ القضاء أكثر من معنى. فقد يعني القرارات التي تصدرها المحاكم عند الفصل فيما يعرض عليها من قضايا. فيقال مثلاً قرارات القضاء الإداري أو القضاء الجنائي. وقد يراد به مجموعة المحاكم الموجودة في دولة معينة، أي السلطة القضائية. وقد يقصد به المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على اتباع قواعد معينة والحكم بمقتضاها في قرارتها، خاصة في الأمور التي لا توجد فيها نصوص قانونية قاطعة وإنما يكون حكم القانون فيها محل خلاف، فتفصل المحكمة فيها وتضع مبدأ قانونياً تسير عليه، وهذا المعنى الأخير هو الذي يعنينا هنا[1].

ومنزلة القضاء كمصدر للقانون تختلف باختلاف النظام القانوني المتبع في الدول التي تأخذ بالسابقة القضائية وتلك التي لا تأخذ بها. فمهمة القاضي تنحصر في تطبيق القانون على المنازعات التي ترفع إليه طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات، وان القرار الذي

(١) أنظر الأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق- ص١٥٤ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص١٩٤.

يصدره يكون ملزماً لطرفي النزاع فقط ولا يقيد المحاكم الأخرى. ولذلك لا يجوز للقاضي في الدول الحديثة أن يباشر أعمال التشريع، فيبدو طبيعياً والحالة هذه أن يكون القضاء مصدراً تفسيرياً للقانون لا رسمياً. ومع ذلك فإن دور القضاء كمصدر للقانون يتفاوت في الوقت الحاضر. ففي الدول ذات النزعة الأنجلوسكسونية (بلاد السوابق القضائية) مثل إنكلترا ونيوزيلندا وجنوب أفريقيا واستراليا وبعض الولايات في أمريكا، للقضاء دوره البارز في خلق القواعد القانونية كمصدر رسمي للقانون. لأن كل محكمة قضائية ملزمة بالحكم الذي سبق أن أصدرته في قضية معينة عندما تعرض عليها قضايا مماثلة لاحقة. أي ان الأحكام التي تصدرها تعد سابقة قضائية تلتزم بها في المنازعات المماثلة الأخرى التي تعرض عليها، كما تلتزم بها المحاكم الأخرى الأدنى منها درجة أو التي تماثلها في الدرجة. إذ لا يجوز مخالفة السابقة القضائية أو الامتناع عن تطبيقها في القضايا المماثلة شأنها شأن القاعدة القانونية المشرعة، ولكن قضاء المحاكم الدنيا لا يلزم المحاكم الأعلى منها درجة.

ومن هنا يتبين لنا ان القاضي في إنكلترا يخلق القانون ويضعه وبالتالي يكون القضاء مصدراً رسمياً للقانون كالتشريع تماماً، وعندما يعرض أي نزاع على القاضي يتعين عليه أن يفتش في السوابق القضائية عن الحكم اللازم لحسم النزاع.

واهتمام الانكليز بالسابقة القضائية يعود إلى أن القانون الانكليزي غير مقنن وإنما نشأ أساساً من العرف وثبت وتطور بفضل أحكام القضاء منذ القرن الثالث عشر حتى تكونت لديهم ثروة ضخمة من السوابق القضائية التي لها قوة القانون ولا يزال للقضاء الانكليزي دور هام في إنشاء القواعد القانونية وتطوير القانون عن طريق السوابق القضائية[1].

كما أن التشريع الانجليزي لم يتأثر أصلاً بحركة فقهية أساسها شريعة سماوية كالشريعة الإسلامية حتى تعتمد على النصوص، فضلاً عن طبيعة الانكليز التي تنسجم مع بطء نشوء القواعد القانونية عن طريق الأحكام القضائية، وسمو منزلة القاضي في المجتمع الانكليزي.

وعيب هذا النظام هو انه بطيء في تكوين وتطوير القواعد القانونية، كما يصعب تحديد ومعرفة القواعد القانونية المتكونة بالسوابق القضائية عند الرجوع إليها لأنها تؤلف

---

(١) نظر الدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص١٩٩ والأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص١٤٠ والأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق- ص١٥٦ والدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص١٨٧ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص١٩٥، و Phil Harris . P114

مجلدات ضخمة لسنوات عديدة. ثم ان القاعدة القانونية التي تنشأ بالسوابق القضائية تعالج حالة خاصة في دعوى معينة وقد تتغير الوقائع في دعوى مماثلة ويرى القاضي ان الحكم الذي أصدره في دعوى سابقة غير صالح لدعوى لاحقة ومع ذلك لا يستطيع عدم الالتزام بالحكم السابق الذي أصدره.

أما في الدول ذات النزعة اللاتينية، كفرنسا والدول التي تحذو حذوها، مثل الأردن والعراق ومصر وسوريا وتركيا وبلجيكا وإيطاليا وألمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا، فإن القانون فيها ينشأ بالتشريع لا بالسابقة القضائية، ولذلك تعرف بـ(بلاد القانون المكتوب)، وتنحصر وظيفة القضاء فيها في تطبيق القانون طبقاً لمبدأ الفصل بين السلطات ولا يعَد القضاء مصدراً رسمياً للقانون على النحو الذي يعمل به في إنكلترا والدول التي تحذو حذوها[1].

فالسابقة القضائية في الدول ذات النزعة اللاتينية غير ملزمة لنفس المحكمة التي أصدرتها ولا للمحاكم التي تماثلها درجة أو الأدنى منها في المنازعات المماثلة، بل يعتبر القضاء في مثل هذه الدول مصدراً تفسيرياً يستأنس به القاضي فقط عند تطبيقه للقانون ويسترشد به عند تقصي مفهوم القواعد التي يستخلصها من المصادر الرسمية دون أن تكون له قوة إلزام، خاصة في حالة افتقاده للنص التشريعي. إذ لا يجوز للمحكمة أن تصدر حكماً مستمراً تلتزم بتطبيقه في المستقبل في المنازعات المماثلة وتقيد به غيرها من المحاكم. وإذا كان بعض المتقاضين يستشهدون أحياناً ببعض الأحكام القضائية السابقة في موضوعات مماثلة، فإنهم يفعلون ذلك لإقناع القاضي وليس لإلزامه، وهذا هو الاتجاه السائد في الأردن، لأن الفقرة (٤) من المادة (٢) من القانون المدني الأردني نصت - بعد تحديد المصادر الرسمية الأصلية والاحتياطية للقانون في الفقرة الأولى والثانية والثالثة منها - على أن: (٤- ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر). وهذه نتيجة طبيعية لحصر وظيفة القاضي بالفصل فيما يعرض عليه من منازعات طبقاً للقانون ومنعه من أن يقوم بدور المشرع.

فإذا لم يسعفه النص التشريعي، عليه أن يتلمس الحل في المصادر الرسمية الاحتياطية للقانون التي هي (أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية والعرف وقواعد العدالة) مسترشداً بالمصادر التفسيرية التي هي (القضاء والفقه)، دون أن يكون الحكم الذي يتوصل إليه لحسم النزاع المعروض أمامه ملزماً له ولا لغيره من المحاكم التي

---

(١) انظر الدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٢٠٠ والدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص١٨٨.

تماثله في الدرجة أو الأدنى منها درجة في قضايا مماثلة. لأن المشرع لم يقتصر على بيان المصادر الرسمية بل عين للقاضي ما يستلهمه في استخلاص الأحكام من هذه المصادر جميعاً، وعرض للمصادر التفسيرية ومصادر الاستئناس، فذكر القضاء والفقه قاصداً الأردني منها والعربي والأجنبي. وغني عن البيان ان القاضي في استئناسه بالسابقة القضائية يختار ما هو أكثر اتفاقاً مع نصوص هذا التشريع في ضوء ما تقدم"[1].

ولكن إذا كانت السابقة القضائية غير ملزمة، فإنه يحصل من الناحية العملية أن تأخذ المحاكم بما استقرت عليه أحكام محكمة التمييز، خشية أن تتعرض أحكامها للنقض بما لها من رقابة على تطبيق القاضي لأحكام القانون، ومع ذلك لا يمكن القول في هذه الحالة بأن للسابقة القضائية صفة إلزامية من الناحية القانونية حتى وان كانت محكمة التمييز قد استقرت في اتجاه معين ثابت فيها. لأن هذه المحكمة نفسها كثيراً ما تعدل عن قضائها بعدما تستقر عليه زمناً طويلاً، وان محاكم الاستئناف والبداية غير ملزمة بقرارات محكمة التمييز فيما يطرح أمامها من قضايا مشابهة، ولا يلزم قضاء محكمة التمييز غيرها من المحاكم، غير انه إذا نقضت محكمة التمييز الحكم المميز وأعيد إلى المحكمة التي أصدرته وأعادت المحكمة نظر الدعوى وأصرت على حكمها السابق للعلل والأسباب التي استندت إليها في الحكم المنقوض واستدعى أحد الطرفين تمييز قرار الإصرار، يجوز لمحكمة التمييز أن تدقق فيه مرة ثانية وتصدر قرارها إما بتأييد الحكم أو نقضه.

فإذا قررت نقضه للأسباب التي أوجبت النقض الأول تعيد الدعوى إلى المحكمة التي أصدرت الحكم فيها وعندئذٍ عليها أن تمتثل لهذا القرار. إلا أن هذا الامتثال لقرار محكمة التمييز لا يعني الأخذ بالسابقة القضائية في القانون الأردني، خاصة أن لمحكمة التمييز حق العدول عن المبادئ التي بنت عليها قراراتها السابقة. فإذا رأت أن إحدى هيئاتها تخالف مبادئ مقررة في أحكامها السابقة، تحيل الدعوى في هذه الحالة إلى الهيئة العامة[2].

وفي الإسلام كان نصيب الفقه أوفر من نصيب القضاء في تكوين الأحكام الشرعية رغم أن القاضي كان له حق الاجتهاد، إلا أن التسليم بحق القاضي في الاجتهاد لم يقر به مبدأ الإلزام بالسابقة القضائية ويؤكد الأمر الذي كتبه الخليفة عمر بن الخطاب إلى قاضي

---

(١) راجع المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني جـ١، ص٢٧.

(٢) راجع المواد ٢٠٠-٢٠٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ المنشور في الصفحة ٧٣٥ من العدد ٣٥٤٥ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٩٨٨/٤/٢م.

الكوفة أبي موسى الأشعري وجاء فيه: (ولا يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم، فراجعت فيه رأيك وهديت فيه لرشدك، أن تراجع فيه الحق، فإن الحق قديم لا يبطله شيء ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل ...).[1]

المطلب الثاني

الفقه

الفقه هو آراء علماء القانون القائمة على دراسة القانون دراسة تحليلية انتقادية جامعة لاستخلاص الأحكام القانونية من مصادرها بالطرق العلمية ومناقشة هذه الأحكام للكشف عن نقائص القانون وعيوبه وتفسير ما غمض من نصوصه في مؤلفاتهم ومقترحاتهم أو في ما يكتبونه من نقد وتعرض لأحكام المحاكم والنصوص التشريعية في بحوثهم أو في المحاضرات التي يلقونها على تلاميذهم في المعاهد والجامعات[2].

فمهمة الفقيه تقتصر على شرح أحكام القانون وتفسير ما غمض من نصوصه واستنباط آراء علمية تبين ما ينبغي أن يكون عليه القانون وإنارة السبيل أمام المشرع عندما يضع قانوناً جديداً أو يعدل قانوناً قديماً، أو أمام القضاء عندما يقوم بتطبيق القانون وتفسيره. ولهذا يعد عمله الجانب العلمي والنظري للقانون ولا يتأثر في تفسيره بالحالات العملية الخاصة خلافاً لعمل القضاء الذي يمثل الجانب العملي والواقعي له.

كما يجعل نظرته إلى المسائل القانونية نظرة واسعة وشاملة تقوم على العموميات ولا تتأثر بخصوصيات المسائل المختلفة وتتجه دائماً نحو التجديد والتطور في شرح ونقد القانون والتعليق عليه لغرض توجيهه إلى تحقيق غايته الاجتماعية توجيهاً سليماً. إلا أن هذا الفقه لا يخرج إلى التطبيق العملي إلا إذا أخذت به المحاكم طوعاً، لأنه متجرد من الصيغة الرسمية ولا يتمتع بقوة إلزام ذاتية للقاضي.

كما أن للفقه الأثر الواضح في توحيد القانون الفرنسي القديم وتطويره عندما ساعد كثيراً على تقريب القواعد العرفية التي كانت سائدة في الجزء الشمالي من فرنسا وقواعد القانون الروماني التي كانت سائدة في الجزء الجنوبي منها، وتمهيد السبل لصدور مجموعة نابليون عام ١٨٠٤م، ومن أشهر هؤلاء الفقهاء (ديمولان) و (دوما) و (بوتيه). وعلى الرغم من دور الفقه في تطوير القانون الفرنسي القديم، فإن هذا الدور لم يصل إلى حد

(١) أنظر الشيخ الإمام العلامة شمس الدين أبا عبد الله محمد بن أبي بكر المعروف بابن القيم الجوزية -إعلام الموقعين عن رب العالمين. الجزء الأول -ص٧٢ وعبد العزيز النعيم -نظام الحكم والإدارة في الإسلام -مسحوبة بالرونيو- الرياض/١٩٦٨ ص٢٧ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٢١٠ والأستاذ عبد الرحمن البزاز -المصدر السابق- ص١٤٦.

(٢) أنظر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي -المرجع السابق- ص٢٠٥ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص١٩١.

اعتباره مصدراً رسمياً للقانون الفرنسي. لأن دوره ضعف فيما بعد واقتصر على مجرد تفسير النصوص القانونية بعد صدور تقنينات نابليون.

أما القانون الإنكليزي فلم يظهر للفقه فيه أي أثر يذكر. لأن الشريعة الإنكليزية لم تتأثر بالقانون الروماني ولا بشريعة سماوية يمكن أن تكون أساساً لحركة فقهية، ولقيام القانون الإنكليزي على مجموعة عادات تولى القضاء تقريرها وتثبيتها من غير فقه الفقهاء ولهذا لم ولن يكون للفقه نصيب في تكوين القانون الإنكليزي لا قديماً ولا حديثاً[1].

أما أهمية أحكام الفقه في الشريعة الإسلامية فكبيرة، ولكن هذه الأهمية اختلفت من مرحلة إلى مرحلة كما سبق أن ذكرنا ذلك في بحث أحكام الفقه الإسلامي كمصدر رسمي احتياطي للقانون في الأردن[2].

ففي عهد الرسول(ص) لم يكن له الأثر الكبير، بينما نشأ الفقه في عهد الخلفاء الراشدين ونما وترعرع حتى بلغ ذروته في القرن الرابع الهجري أمام المشاكل الجديدة التي لم يألفها المسلمون ولم يجدوا لها الحلول لا في الكتاب ولا في السنة حتى تقرر في أواخر القرن الرابع الهجري قفل باب الاجتهاد في فقه أهل السنة وتم تقييد القضاء بأحكام المذاهب الأربعة (الحنفية، والمالكية، والشافعية، والحنبلية)، وتوقفت حركة الاجتهاد[3].

وعلى الرغم من دور الفقه القانوني في شرح ونقد وتوجيه القانون، فإنه غير ملزم في العصر الحديث، وإنما يستأنس به القاضي باعتباره مصدراً تفسيرياً للقانون، وليس لرأي الفقيه أو لآراء جمهرة الفقهاء قوة إلزام قانونية يتقيد بها القاضي. وإنما يقوم الفقيه بشرح القواعد القانونية لتحديد معناها وشروط تطبيقها وتوقع الصعوبات التي تثيرها وعرض الحلول المناسبة لها دون أن يقوم هو بتطبيقها. كما يقوم الفقيه بمقارنة النصوص القانونية بعضها بالبعض الآخر وإنشاء النظريات العامة، ومقارنة قانون بلاده مع قوانين البلدان الأخرى. فكل هذه الأعمال التي يقوم بها الفقيه لا تعطي للفقه القانوني أية صفة رسمية في خلق قواعد قانونية ملزمة، لأن قوته هذه أدبية وليست رسمية. فهو المظهر العلمي للقانون، إذ بإمكان الفقيه أن يوجه القاعدة القانونية إلى تحقيق الغاية الاجتماعية التي وضعت من أجلها تحقيقاً تاماً وسليماً ويفسر الغموض وينبه إلى النقص الموجود فيها

(١) أنظر الدكتور عبد الرزاق السنهوري والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت -المرجع السابق- ص١٢٤ والدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق- ص٢١٠ والأستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص١٥٦.

(٢) راجع الصفحة (١٤٤) وما بعدها من الكتاب.

(٣) أنظر الأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق- ص١٦٠ والدكتور حسن الخطيب -المرجع السابق- ص١٨٠ وما بعدها.

بالدراسة العلمية. وقد نصت الفقرة الرابعة من المادة الثانية من القانون المدني الأردني على هذا الدور للفقه بعد أن حددت الفقرة الأولى والثانية والثالثة منها المصادر الرسمية الأصلية والاحتياطية للقانون بقولها: (ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أن لا يتعارض مع ما ذكر).

فالفقه القانوني لا يعَد في الوقت الحاضر مصدراً رسمياً للقانون الأردني والعراقي والمصري، ولكن إذا لم يكن للفقه القانوني صفة رسمية في خلق القواعد القانونية، فلا يعني هذا انه مجرد من كل فائدة، بل له أهمية كبيرة في تفسير وتطوير القانون لأنه يؤدي من الواجبات ما يأتي:-

١- إعداد وتهيئة النشء لدراسة القانون وتخريجهم رجال قانون يتولون القضاء والإدارة والسياسة في البلد، ضمن تدريس القانون في الجامعات والمعاهد العالية.

٢- توجيه القضاء بجميع درجاته في تطبيق القانون، ولذلك كثيراً ما يسترشد القضاة في أحكامهم بآراء رجال الفقه عند تطبيق القانون وتفسيره، ولكن القاضي غير ملزم باتباع رأي الفقيه.

٣- كثيراً ما يكون الفقيه رقيباً على القاضي، إذ هو يعمد في بعض الحالات إلى نقد أحكام القضاء، سواء أكان ذلك في مؤلفاته أم في تعليقاته على هذه الأحكام التي ينشرها في المجلات القانونية. وبذلك يبين للقاضي خطأه ويأخذ بيده إلى طريق الصواب في تطبيق القاعدة القانونية.

٤- يقوم الفقه بمد المشرع بالمبادئ العامة التي يستطيع أن يستخلص منها قواعد تفصيلية، وينبهه إلى النقص أو العيب الموجود في التشريع ويدعوه إلى تدارك هذا النقص أو العيب بتعديل التشريع، أو يطرح له من الآراء العلمية السديدة التي توجهه إلى وضع قانون سليم عندما يقوم بالتشريع[1].

---

(١) أنظر الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي -المرجع السابق- ص٢٠٨ وعبد العزيز النعيم -مبادئ القانون- المرجع السابق -ص١٤٢.

الفصل الرابع

تطبيق القانون والمبادئ التي تحكمه

(سريان القانون من حيث الزمان والمكان والأشخاص)

عندما يصدر القانون من السلطة التشريعية بالخطوات والمراحل التي سبق أن بيناها، كاملاً مستوفياً جميع شروطه يصبح نافذ المفعول ويسري على كافة التصرفات والوقائع التي تحدث في ظله بعد نفاذه، ويستمر تطبيقه بهذه الصورة من أجل تحقيق الغاية التي شرع من أجلها في تنظيم العلاقات إلى أن يُلغى. ولكن يجب أن لا يسري على التصرفات والوقائع التي حدثت قبل نفاذه، وهذا ما يسمى بمبدأ (عدم رجعية القوانين)، الذي نشرحه في هذا الفصل تحت عنوان (سريان القانون من حيث الزمان).

ولما كان لكل دولة مستقلة سيادة تامة على إقليمها واختصاصات تكاد تكون مطلقة في كيفية ممارسة هذه السيادة، فإن القانون الذي تصدره الدولة يسري على جميع أجزاء إقليمها وعلى كافة التصرفات والوقائع وجميع الأشخاص الموجودين في الإقليم، وهذا ما يسمى بمبدأ (إقليمية القانون)، وسندرسه تحت عنوان (سريان القانون من حيث المكان).

وإذا كان قانون الدولة يسري على كافة الوقائع والحوادث التي تقع في إقليمها وعلى كل من يوجد فيه من أشخاص دون تفرقة، فإن سلطانها يقف عند حدودها ولا يتجاوزها إلى مايقع من حوادث أو على أشخاص في إقليم دولة أخرى . إلا أن قانون الدولة قد يسري في بعض الحالات على رعاياها في خارج إقليمها وهذا ما يسمى بمبدأ (شخصية القانون)، وسندرسه تحت عنوان (سريان القانون من حيث الأشخاص) .

ولذلك يتعين علينا أن نعرض في دراسة تطبيق التشريع للموضوعات الآتية :-

أولاً: مدى سريان القانون زمانياً لمعرفة الوقت الذي يسري فيه حكمه .

ثانياً: مدى سريان القانون مكانياً لمعرفة نطاق تطبيقه.

ثالثاً : مدى سريان القانون على الأشخاص لمعرفة مدى سريان قانون الدولة على رعاياها في الخارج.

رابعاً: مدى امتداد سريان قانون الدولة إلى وقائع تقع في الخارج من غير رعاياها.

المبحث الأول

سريان القانون من حيث الزمان (مبدأ عدم رجعية القوانين)

تعدّ مسألة تطبيق القانون من حيث الزمان أو (تنازع القوانين زمانياً) من المسائل الدقيقة في نظرية القانون وتتمثل باطارها العام في حالة ما إذا أُلغي قانون نافذ واحل

محله قانون آخر قد يحصل التنازع بين القانونين في تعيين الحد الفاصل لزمان سريان كل منهما. أو بمعنى آخر إذا صدر قانون جديد، فعلى أي الوقائع يطبق؟. لأن الوقائع تتوالى، فمنها ما يقع قبل نفاذه ومنها ما يقع بعد نفاذه.

فالقانون الوضعي يتطور ويتغير بتطور حاجات الجماعة وتغير المكان، وفي كل تطور وتغير يفترض ان القانون الجديد هو الأصلح للمجتمع. لأن التغيير الذي يصيب التشريع ،إنما هو موجه نحو تطويره وتحسينه، وعلى هذا فقد يُلغى تشريع قائم ويصدر تشريع آخر محله. والتشريع الجديد ينشأ في زمن معين وينقضي سلطانه في زمن معين، فيبقى السلطان الزمني للنص محصوراً بين لحظتين، لحظة نشوئه ولحظة انقضائه، ولا سلطان له قبل اللحظة الأولى ولا بعد اللحظة الثانية، وإنما يبدأ سلطانه فقط في الفترة ما بين اللحظتين.

ولهذانتساءل: إذا ألغي تشريع قائم وصدر تشريع جديد حل محله متى يسري التشريع الجديد ومتى يتوقف سلطان التشريع القديم، وكيف تحدد ولاية كل من التشريعين القديم والجديد ؟ وهل يسري التشريع الجديد على الماضي ليحكم الوقائع التي وقعت قبل نفاذه أم انه يحكم فقط الوقائع التي وقعت بعد نفاذه؟.

ان القاعدة العامة في ذلك هي ان التشريع الجديد يسري على التصرفات والوقائع اللاحقة لبدء نفاذه لاعتبارات تتعلق بالعدالة والمصلحة العامة والمنطق. ولهذا صار عدم سريان القانون على الماضي من المبادئ الأساسية في التشريعات الحديثة. فالتشريع لا يسري على الماضي لعدم رجعية القوانين. لأنه ليس من العدل أن يأتي المرء عملاً مباحا في ظل تشريع قائم ثم يأتي تشريع جديد يعاقب عليه. فهذا يكون مدعاة لاضطراب المعاملات في المجتمع وفقدان الثقة بالقانون بين الناس عندما لا يطمئنون في هذه الحالة إلى أفعال يقومون بها رغم كونها مباحة ولا إلى تصرفات يعتقدونها مشروعة وفقاً لقواعد قانونية قائمة، مما يؤدي إلى نشر الفوضى في المجتمع وإثارة القلق في نفوس الأشخاص والتردد في سلوكهم واحجامهم عن التعاقد ومباشرة صور النشاط، فتتعطل الحياة العامة في المجتمع، وفي هذا قضاء على النظام والأمن في المجتمع وهما الهدف الرئيس لوجود القانون .[1] في حين يجب عدم تعريض الحقوق للهدر بما لا يتفق والمصلحة العامة، ولهذا

(١) انظر الدكتور محمد سامي مدكور-المرجع السابق-ص١٠٢ والاستاذ عبد الرحمن البزاز-المرجع السابق-ص٢٢٤والدكتور حسن الخطيب-المرجع السابق-ص١٠٦ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير-المرجع السابق-ص١١٢ والدكتور علي محمد بدير-المرجع السابق-ص٢٥٠ .

حرصت غالبية الدول على تأكيد مبدأ عدم رجعية القوانين بإيراده في صلب دساتيرها وقوانينها .[1]

فليس للقاضي أن يطبق قانوناً جديداً على وقائع حدثت قبل نفاذه ما لم يوجد نص صريح يقضي بذلك، بل عليه تطبيق القانون النافذ المفعول على الوقائع التي تقع في ظله. لأن الشخص وهو يتعاقد في ظل قانون معين، إنما يرتب مصالحه على أساس هذا القانون، ومن ثم فهو لا يتوقع تطبيق قانون جديد على تعاقده وإذا حصل هذا فهو تطبيق مجحف بحقوقه المشروعة.

وبناء على ما تقدم فإن المراكز القانونية التي تنشأ وتترتب آثارها على نحو معين في ظل قانون قديم تبقى محكومة بذلك القانون دون غيره، وما ينشأ من مراكز قانونية وآثارها في ظل قانون جديد يخضع لهذا القانون دون غيره. أي يجب إسناد حكم كل علاقة للقانون النافذ وقت نشوئها إسناداً دائماً في الزمن. فمثلاً إذا تزوج محمد البالغ من العمر ست عشرة سنة بفاطمة البالغة من العمر خمس عشرة سنة في ظل قانون يجيز مثل هذا الزواج ثم صدر قانون جديد لا يجيز الزواج إلا إذا كان عمر الزوج ثماني عشرة سنة وعمر الزوجة سبع عشرة سنة، فالزواج يبقى صحيحاً و يخضع للقانون القديم لا الجديد.

وإذا أوصى أحدهم بثلث أمواله لآخر في ظل قانون قائم يجيز الثلث في الوصية ثم مات الموصي وتملك الموصى له المال الموصى به وصدر قانون جديد بعد ذلك لا يجيز الوصية إلا في حدود الربع، فالوصية هذه تبقى صحيحة ونافذة وفقاً للقانون القديم ولا يسري عليها القانون الجديد .

وإذا كان رسم تسجيل وتصديق العقود ٤٪ من قيمتها في ظل قانون قائم ثم يصدر قانون جديد جعل رسم تسجيل العقود ٧٪ من قيمتها، فهذا القانون الجديد لا يؤثر

[1]) من ذلك ما تنص عليه الفقرة (ب) من المادة(٦٤) من الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ بقولها :(ليس للقوانين أثر رجعي إلا إذا نص على خلاف ذلك، ولايشمل هذا الاستثناء القوانين الجزائية وقوانين الضرائب والرسوم المالية). كما تنص المادة (١٠) من القانون المدني العراقي على انه :(لا يعمل بالقانون إلا من وقعت صيرورته نافذاً فلا يسري على ما سبق من الوقائع إلا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقا بالنظام العام والآداب). وتنص المادة الثانية من القانون المدني الفرنسي على انه :(لا يسري القانون إلا للمستقبل فليس له أثر رجعي). وتنص المادة (٨٨) من الدستور المصري القائم على نفس المبدأ.اما الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ فلم ينص على هذا المبدأ وانما نص في المادة (٢/٩٣) منه على أن:(يسري مفعول القانون باصداره من جانب الملك ومرور ثلاثين يوماً على نشره في الجريدة الرسمية إلا إذا ورد خاص نص في القانون على أن يسري مفعوله من تاريخ آخر). فهذا النص لا يورد قيداً على حرية المشرع في سن قانون تسري أحكامه على وقائع سبقت نفاذه.أما القانون المدني الأردني فقد نص في المادة (٤) منه على ان :(ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على ما ينافيه). وتنص المادة (٦) منه على أن :(١- تسري النصوص المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في تلك النصوص .٢- وإذا توفرت الأهلية في شخص طبقاً لنصوص قديمة ثم أصبح ناقص الأهلية بمقتضى نصوص جديدة فلا أثر لذلك في تصرفاته السابقة) . وتنص المادة(٣) من قانون العقوبات الأردني على انه (لا يقضى بأية عقوبة لم ينص القانون عليها حين اقتراف الجريمة) .

في العقود التي تمت ودفعت رسوم تسجيلها قبل نفاذه وفي ظل القانون القديم.

فلا صعوبة إذن في تحديد القانون الواجب تطبيقه على الأمثلة المذكورة آنفاً، لان الأمر فيها يتعلق بمراكز قانونية نشأت وترتبت آثارها في ظل قانون معين لا يمكن تصور قيام تنازع فيها بين قانون قديم وآخر جديد، وإنما الصعوبة تثور بالنسبة للأوضاع الناقصة التكوين أو المستمرة الأثر عندما يصدر قانون جديد قبل أن تستنفد هذه الأوضاع كل آثارها. أي الأوضاع القانونية التي تحتاج إلى مدة زمنية إما لتكوينها أو لترتيب جميع آثارها ويصدر قانون جديد بعد تلاقي عناصر العلاقة ولكن قبل استكمالها، أو بعد تكوينها واستكمال عناصرها ولكن قبل أن تخرج آثارها إلى الوجود. فبعض المعاملات القانونية تمتد في ظل قانونين مختلفين، كالتي يستغرق تكوينها زمناً طويلاً مثل التقادم والوصية. إذ تبدأ في ظل قانون وتترتب آثارها في ظل قانون آخر، كما ان هناك أوضاعاً تتعلق بصلاحية الشخص، كالأهلية فتتوفر للشخص في ظل قانون ويتم تعديل أحكامها في ظل قانون آخر، ولنضرب بعض الامثلة لتوضيح هذه الأوضاع :

إذا كان رسم تسجيل وتصديق العقود ٤٪ من قيمتها في ظل قانون قائم وبعد أن يبدأ أحدهم بمعاملة تسجيل وتصديق عقد وقبل تسديد الرسم عنها وإتمام تسجيلها يصدر قانون جديد يرفع هذا الرسم إلى ٨٪ من قيمة العقد.

وإذا كان القانون القائم يجيز اكتساب ملكية مال معين بالتقادم واستمرار حيازته مدة خمس سنوات بحسن نية وبعد أن يحوز أحدهم هذا المال مدة قريبة عن أربع سنوات بحسن نية يصدر قانون جديد يجعل مدة اكتساب ملكيته بالحيازة والتقادم عشر سنوات .[1]

وإذا أوصى أحدهم بثلث أمواله لآخر في ظل قانون قائم يجيز مثل هذه الوصية وقبل أن يموت الموصي يصدر قانون جديد لا يجيز الوصية إلا في حدود الربع .

وإذا كانت سن الرشد في القانون القائم ثماني عشرة سنة وبعد أن يبلغ أحدهم سن

---

(١) تنص المادة (٧) من القانون المدني الأردني على ان :(١-تسري النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل٢-على ان النصوص القديمة هي التي تسري على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه وذلك عن المدة السابقة عن العمل بالنصوص الجديدة). وتنص المادة(٨) منه على انه:(١-إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت قبل ذلك ٢-اما إذا كان الباقي من المدة التي ينص عليها القانون القديم أقصر من المدة التي قررها النص الجديد فان التقادم يتم بانقضاء هذا الباقي) . وتنص المادة (١١٨١) منه على أن :(من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل باعتباره ملكاً له أو حاز حقا عينياً على منقول أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار وأستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي).

١٧ سنة يصدر قانون جديد يعدل سن الرشد إلى إحدى وعشرين سنة .[١]

ففي الأمثلة المذكورة أنفاً أي واحد من القانونين يكون واجب التطبيق، القانون القديم باعتبار ان تلك الوقائع قد بدأت في ظله، أم القانون الجديد باعتبار ان هذه الوقائع قد تكاملت هي وآثارها في ظله؟ علماً بانه ليس للقاضي في هذه الحالة أن يرفض النزاع المعروض عليه بحجة عدم معرفة أي القانونين يجب تطبيقه. فما هو إذن المعيار الذي يتلمس به القاضي حل هذه المسألة؟.

هناك نظريتان في هذا الشأن ساقهماالفقه وهما (النظرية التقليدية) و (النظرية الحديثة):

اولاً- النظرية التقليدية :

ناصر الفقه وجانب كبير من القضاء هذه النظرية في فرنسا طوال القرن التاسع عشر، وما تزال النظرية جارية ومعتبرة لغاية الوقت الحاضر، وهي تقوم على معيار التمييز بين «الحق المكتسب» و «مجرد الأمل». فالحق المكتسب هو مصلحة تستقر للشخص نهائياً وتدخل في ذمته ويستطيع الدفاع عنها بدعوى أو بدفع ولا يمكن انتزاعها منه بدون رضاه.

أما مجرد الأمل فهو أمنية لدى الشخص قد تتحقق وقد لا تتحقق، لأنه ظرف مبني على احتمال كسب لاحق في المستقبل. ولهذا ترى بأنه إذا كُسب حق في ظل قانون قديم امتنع سريان قانون جديد ضد هذا الحق، وإذا مس قانون جديد مجرد أمل ناتج عن واقعة نشأت في ظل قانون قديم سرى أثر القانون الجديد على الماضي لتحطيم هذا الأمل. فأي قانون جديد يسري من تاريخ نفاذه على جميع المسائل التي تقع في ظله والمسائل التي وقعت في ظل قانون قديم ولم يكتمل تحققها ولم تصل إلى درجه الحقوق المكتسبة في ظل قانون كان نافذ المفعول في زمن تطبيقه حتى لا يكون للقانون أثر رجعي[٢] . أما الحق المكتسب، فلا يمسه القانون الجديد.

فمثلاً لو أوصى أحدهم بثلث أمواله لشخص غير وارث في ظل قانون قائم يجيز

---

(١) لقد حصل هذا في العراق فعلاً، حيث كانت سن الرشد (١٥) سنة وفقاً لأحكام المادة (٩٨٦) من مجلة الأحكام العدلية التي كانت سارية في العراق لحين صدور القانون المدني العراقي عام ١٩٥١ وبدء نفاذه عام ١٩٥٢ الذي نصت المادة (١٠٦) منه على رفع سن الرشد الى ١٨ سنة. وحصل ذلك أيضاً في الأردن لنفس السبب إلى أن صدر القانون المدني الأردني ودخل النفاذ في ١٩٧٧/١/١ ورفع سن الرشد إلى ١٨ سنة شمسية وفقاً للمادة (٢/٤٣) منه.

(٢) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق-ص٢٢٨ والدكتور حسن الخطيب-المرجع السابق -ص١١٤ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير-المرجع السابق-ص١١٤ والدكتور علي محمد بدير-المرجع السابق-ص٢٥٩ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك-المرجع السابق-ص١٣٩، وعبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه-المرجع السابق-ص٢٩١.

ذلك ثم مات الموصي وتملك الموصى له الوصية وصدر بعد ذلك قانون جديد لا يجيز الوصية لغير الوارث إلا في حدود الربع، فهنا تعد الوصية صحيحة ونافذة وفقاً للقانون القديم ولا يسري عليها حكم القانون الجديد، لأنه إذا سرى عليها القانون الجديد فإنه يمس حقاً مكتسباً للموصى له تحقق في ظل القانون القديم بموت الموصي وتملكه للموصى به قبل صدور القانون الجديد .

أما إذا صدر القانون الجديد قبل وفاة الموصي، فإنه يسري على هذه الوصية، لأن الموصى له لم يكتسب الحق في الوصية بعد، بل كان ينتظر أمل اكتسابه الذي لم يتحقق وتحطم بسبب صدور هذا القانون الجديد قبل وفاة الموصي.

نستخلص من هذا كله ان النظرية التقليدية تذهب إلى أن القانون ليس له أثر رجعي، فلا يسري على ما وقع قبل نفاذه كقاعدة عامة، خاصة بالنسبة للحقوق المكتسبة، ولكنه يسري استثناءً على ما وقع قبل نفاذه حتى بالنسبة للحقوق المكتسبة في الحالات التالية:

١- وجود نص برجعية القانون :

فقاعدة عدم رجعية القانون على الماضي قيد لا يلزم إلا القاضي الذي يقوم بتطبيق القانون، فهو لا يلزم المشرع الذي يملك إرجاع حكم قانون ما إلى الماضي بنص صريح إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك. وهذا ما أخذ به الدستور الأردني لعام ١٩٥٢ في المادة (٢/٩٣) منه، التي بعد نصها على أن:(يسري مفعول القانون بإصداره من جانب الملك ومرور ثلاثين يوماً على نشره في الجريدة الرسمية ..)، أضافت جواز مخالفة هذا المبدأ بنص خاص وإمكان تشريع قانون يسري على الماضي بقولها :(... إلا إذا ورد نص خاص في القانون على أن يسري مفعوله من تاريخ آخر).

ومن المؤكد يفضل عدم اللجوء إلى هذا الاستثناء إلا في حالات الضرورة القصوى التي تقتضيها المصلحة العامة ، خاصة في نطاق القانون الجنائي الذي يستند إلى قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص)، وكذلك في القانون الضريبي. فعلى المشرع أن يتجنب إرجاع حكم تشريع جنائي إلى الماضي إلا إذا كان من صالح المتهم، لأن عدم رجعية القانون الجنائي غير الأصلح للمتهم مبدأ مطلق لايقبل التقييد وان التسليم بخلاف ذلك يجعل الحرية الشخصية للأفراد معرضة لأخطار شديدة[1] .ولهذا تنص دساتير وقوانين دول عديدة

---

(١) لقد حصلت تطبيقات فعلية لارجاع حكم النص الى الماضي في بعض الدول العربية ، منها قانون صدر في مصر عام ١٩٣٠ ونص على تخفيض بدل الايجارات المتفق عليها في عقود الايجار السارية وقت صدوره بنسبة ٢٠٪ لا اعتباراً من نفاذه بل بأثر رجعي، وصدر في العراق تشريع جنائي عام ١٩٥٨ نص على سريان أحكامه بأثر رجعي على الأفعال التي أرتكبت قبل صدوره منذ يوم ١٩٣٩/٩/١ .

على مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية مطلقاً . وإذا كان الدستور الأردني لم ينص على هذا المبدأ ، فإن قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ قد نص عليه في المادة(٣) منه وكالآتي :(لا يقضى بأية عقوبة لم ينص عليها القانون حين اقتراف الجريمة). أي لا جريمة ولا عقاب إلا في الأفعال اللاحقة لصدور القانون الجنائي[1] .

[illegible]

يأخذ العديد من التشريعات كما يأخذ الفقه والقضاء في الدول المختلفة بسريان القانون الجنائي الأصلح للمتهم على الماضي بالنسبة للجرائم التي ارتكبت قبل نفاذه ولم يصدر فيها الحكم النهائي. إذ يسري على الحوادث التي وقعت قبل نفاذه مراعاة للعدل والمصلحة العامة، خاصة إذا كان القانون الجديد يبيح الفعل الذي ارتكبه المتهم أو يخفف من عقوبة الجريمة التي ارتكبها ما دام الحكم النهائي لم يصدر فيها بعد، تحقيقاً لمصلحة الفرد والجماعة. لان المشرع إذا ألغى عقوبة أو خفضها، فإنه يفعل ذلك عندما يرى أن تلك العقوبة المقررة لا تتماشى مع العدل أو لا تفيد المجتمع. لأن سلطة المجتمع في فرض العقوبة مقررة على أساس فكرتي الضرورة والفائدة الاجتماعية. فإذا انتفت الضرورة والفائدة من العقوبة، فلا محل لفرضها. لان العقاب مقرر أصلاً لصالح الهيئة الاجتماعية، وان هذه الهيئة إذا قررت العدول عن تجريم الواقعة وألغى المشرع العقوبة نهائياً لهذا السبب، لاتكون هناك أية جدوى من تعقب الجاني ومعاقبته بسبب فعل أصبح من الأفعال المباحة. فالمعاقبة في هذه الحالة لا تعني أكثر من تعنت لا مبرر له. ثم ان النصوص العقابية المتعارضة يجب أن تفسر لصالح المتهم. فإذا كان الفعل يعتبر جريمة بمقتضى قانون ألغي بقانون لاحق قبل صدور الحكم المبرم، ليس من العدل والمنطق معاقبة مرتكب هذا الفعل.

ونخلص من كل ذلك إلى أنه ليس من العدل أن تفرض على المتهم عقوبة في الوقت الذي يعترف فيه المشرع بعدم فائدتها أو بزيادتها عن الحد اللازم لتحقيق المصلحة العامة. وعليه إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل صدور الحكم النهائي قانون جنائي أصلح

(١) فمثلاً نصت المادة (٦٦) من الدستور المصري لعام ١٩٧١ على أن: (العقوبة شخصية -لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون).

وتنص المادة (٦٤/ب) من الدستور العراقي المؤقت لعام ١٩٧٠ على أن: (ليس للقوانين أثر رجعي إلا إذا نص على خلاف ذلك ولا يشمل هذا الاستثناء القوانين الجزائية وقوانين الضرائب والرسوم المالية).

وتنص المادة (٢١) منه على أن: (العقوبة شخصية ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، ولا تجوز العقوبة إلا بناء على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة أثناء اقترافه، ولا يجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجرم).

للمتهم من القانون القديم، فإن هذا القانون الأصلح هو الذي يسري على فعله. ويعَد القانون الجنائي أصلح للمتهم ويسري على الماضي في الحالات التالية:

أ- إذا صدر قانون جنائي جديد يبيح الفعل المرتكب المعاقب عليه في قانون سابق ويلغي عقوبته قبل صدور الحكم المبرم. كما لو كان القانون يعاقب على فعل سحب شيك بدون رصيد وارتكب أحدهم هذا الفعل وأحيل إلى المحكمة المختصة لمعاقبته، فصدر قانون جديد قبل صدور الحكم المبرم في القضية ألغى نص التجريم وأباح الفعل. علماً ان قانون العقوبات الأردني قد أخذ بهذا المبدأ[1].

ب-إذا صدر قانون جنائي جديد يفرض على ارتكاب فعل معين عقوبة أخف نوعاً أو مقداراً مما كانت عليه في قانون سابق قبل صدور الحكم المبرم. فإن الفعل المرتكب الذي خففت عقوبته يظل من الأفعال المعاقب عليها طبقاً للقانون الجديد، ولكن بعقاب أخف، كما لو كانت عقوبة سحب شيك بدون رصيد سنة حبس في القانون، وبعد أن سحب أحدهم شيكاً بدون رصيد وأحيل إلى المحكمة المختصة لمعاقبته، صدر قانون جديد قبل صدور الحكم المبرم في القضية خفف عقوبة هذا الفعل إلى ستة أشهر حبس. علماً ان قانون العقوبات الأردني قد أخذ بهذا المبدأ أيضاً [2].

ج- إذا صدر قانون جنائي جديد يعدل شروط التجريم تعديلاً في مصلحة المشتكى عليه قبل صدور الحكم المبرم. علماً ان قانون العقوبات الأردني قد أخذ بهذا المبدأ أيضاً[3].

د- إذا صدر قانون جنائي جديد يأتي بعذر قانوني محل جديد أو بسبب جديد من أسباب الإباحة أو بمانع جديد من موانع العقاب أو المسؤولية الجنائية قبل صدور الحكم المبرم لم يكن موجوداً في قانون سابق.

أما إذا صدر قانون جنائي جديد يشدد العقوبة في الجريمة قبل صدور الحكم المبرم فيها، فإنه لا يسري على ما وقع قبله من أفعال. لأن الهدف من قاعدة عدم رجعية القوانين الجنائية على الماضي هو عدم التشديد على المتهم، باعتبار ان تشديد العقوبة يمس حرية الشخص إذا نص قانون جديد على ذلك. ولا مصلحة للمتهم في هذه الحالة.

---

(١) تنص المادة (٥) من قانون العقوبات على أن: (كل قانون جديد يلغي عقوبة ... يجب أن يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه ...).

(٢) تنص المادة (٥) من قانون العقوبات أيضاً على أن: (كل قانون جديد يفرض عقوبة أخف يجب أن يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه).

(٣) تنص المادة (١/١٤) من قانون العقوبات على أن: (كل قانون يعدل شروط التجريم تعديلاً في مصلحة المشتكى عليه يسري حكمه على الأفعال المقترفة قبل نفاذه، ما لم يكن قد صدر بشأن تلك الأفعال حكم مبرم).

علماً ان قانون العقوبات الأردني قد أخذ بهذا المبدأ أيضاً[1].

إذن يشترط لسريان القانون الجنائي الأصلح للمتهم على الماضي ما يلي :-

أ- أن يكون القانون الجديد أصلح للمتهم كما في الحالات التي ذكرناها .

ب- أن يكون القانون الجديد الأصلح للمتهم قد صدر بعد وقوع الفعل .

جـ- أن لا يكون قد صدر حكم مبرم (القرار النهائي) في القضية .

أما إذا صدر قانون جنائي جديد بعد صدور الحكم المبرم في القضية وأباح الفعل الذي أدين الشخص بسببه، فيجب إيقاف تنفيذ الحكم وإطلاق سراح المحكوم عليه من السجن، وهذا ما ينص عليه الشق الأخير من المادة(٥) من قانون العقوبات الأردني بقوله: (... وإذا صدر قانون جديد بعد حكم مبرم يجعل الفعل الذي حكم على فاعله من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهي آثاره الجنائية).

وفي بعض الدول إذا صدر قانون جنائي جديد بعد الحكم المبرم وخفف هذا القانون عقوبة الفعل الذي أدين بسببه الشخص، جاز للمحكمة التي أصدرت الحكم إعادة النظر في العقوبة التي حكمت بها في ضوء أحكام القانون الجديد، وذلك بناء على طلب المحكوم عليه أو النيابة العامة. علماً ان قانون العقوبات الأردني لم ينص على هذا المبدأ.

٣- القانون المتعلق بالنظام العام :

إذا كان التشريع الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب، فإنه يسري على الماضي استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين ولو لم يتضمن أي نص خاص يقضي بذلك ويمس الحقوق المكتسبة، سواء بإلغائها أو بتعديل أحكامها دون أن يجوز لأحد التمسك بحق اكتسبه في ظل القانون القديم إذا كان هذا الحق قد أصبح مخالفاً للنظام العام والآداب بمقتضى القانون الجديد[2]. لأن فكرة النظام العام تقترن بمصلحة عامة يحرص المشرع على تحقيقها في التشريع الجديد، خاصة ان حماية مصلحة المجموع أهم من حماية حق مكتسب لأحد الأشخاص.

فالقانون الذي يصدر برفع سن الرشد من ثماني عشرة سنة إلى إحدى وعشرين سنة يسري على كل شخص لم يبلغ السن المعينة فيه وقت نفاذه حتى ولو كان قد بلغ سن الرشد طبقاً للقانون القديم، ويعود هذا الشخص قاصرا إلى أن يبلغ سن الرشد بموجب القانون

---

(١) تنص المادة (٦) من قانون العقوبات على أن: (كل قانون يفرض عقوبات أشد لا يطبق على الجرائم المقترفة قبل نفاذه).

(٢) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق ص٢٢٩ والدكتور علي محمد بدير- المرجع السابق -ص٢٥٤ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك - المرجع السابق -ص ١٤٠.

الجديد[1]، إلا أن تصرفاته التي عقدها وهو بالغ سن الرشد في ظل القانون السابق تبقى معتبرة . فتحديد سن الرشد يعد من النظام العام ، ولهذا تنص المادة (٦) من القانون المدني الأردني على أن : (١- تسري النصوص المتعلقة بالأهلية على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة في تلك النصوص ٢- وإذا توفرت الأهلية في شخص طبقاً لنصوص قديمة ثم أصبح ناقص الأهلية بمقتضى نصوص جديدة فلا أثر لذلك في تصرفاته السابقة) .

٤ - القوانين الشكلية :

القوانين الشكلية هي القوانين المتعلقة باختصاص المحاكم وأصول المحاكمات المدنية والجزائية . أي القوانين التي تبين سبل إحقاق الحق وتنفيذ الأحكام وما شابه ذلك من الأمور التي لاتتعلق بجوهر الحق بل بعرضه وبكيفية نيله أو تحقيقه وكل ذلك وثيق الصلة بالنظام العام من جهة، ولا يؤثر على أي حق مكتسب للشخص من جهة أخرى. لأنها ترسم سير العدالة وإجراءات التحقيق والتقاضي وصدور الأحكام وطرق الطعن فيها وتنفيذ العقوبة على اختلاف أنواعها وتشكيل المحاكم واختصاصها. فهذه القوانين تهتم بسير الدعوى لا بموضوعها، ولهذا إذا صدر قانون شكلي جديد، فإنه يسري على الماضي حتى بالنسبة لإجراءات الدعاوى التي وقعت قبل نفاذها و لم يصدر فيها حكم مبرم[2]، باعتبار ان القوانين الشكلية الجديدة أصلح للمجتمع وأقدر على حماية حقوق الأشخاص وتحقيق العدالة والمصلحة العامة، وتقرر أسلم السبل والإجراءات للاهتداء إلى العدالة. وعليه إذا صدر قانون شكلي جديد ينقل الاختصاص في دعوى من الدعاوى الداخلة ضمن اختصاص محكمة الصلح إلى محكمة البداية مثلاً، أو إذا صدر قانون شكلي جديد ينص على تشكيل المحكمة من خمسة حكام بدلاً من ثلاثة، فإن القانون الجديد هو الذي يسري على إجراءات جميع الدعاوى التي وقعت قبل نفاذه و لم يصدر فيها حكم مبرم وما زالت قيد النظر، سواء أكانت المحكمة قد بدأت برؤيتها قبل صدور القانون الجديد أم لم ترفع إليها بعد لرؤيتها لعدم انتهاء التحقيق فيها. ولكن محكمة التمييز الأردنية ذهبت في قرار لها إلى أنه إذا كانت الدعوى وقت نفاذ القانون الجديد الذي غير الاختصاص قد بتت فيها

---

(١) وهناك من يرى أن هذا المثال لا يصلح كدليل على الاخذ بالأثر الرجعي للقانون الجديد ، بل ان العكس هو الصحيح ، لان القانون الجديد يسري في هذه الحالة باثر فوري على جميع من يتوجه اليهم بالخطاب ، فهو مجرد عمل بالتشريع الجديد باثر فوري وليس استثناء من مبدأ عدم رجعية القوانين .

(٢) تنص الفقرة (٢) من المادة (٤) من قانون العقوبات الأردني على ان (كل قانون يعدل حق الملاحقة يطبق على الجرائم السابقة له إذا كان أكثر مراعاة للمدعى عليه).

المحكمة المنصوص عليها في القانون القديم ولو بحكم غير مبرم، فإن هذا القانون الجديد لا يكون له أي أثر رجعي عليها"[1]. بينما ذهبت محكمة العدل العليا إلى أن النصوص المعدلة لقواعد الاختصاص في القانون الجديد يطبق بأثر مباشر، ويشترط لأعمال هذه القاعدة أن لا تكون المحكمة التي سلب اختصاصها قد فصلت في الدعوى بحكم نهائي قبل صدور القانون الجديد المعدل لقواعد الاختصاص [2].

ومما يلاحظ ان سريان القوانين الشكلية على الماضي لا يتعارض مع قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) في قانون العقوبات، لان القوانين الشكلية لا تنشئ الجرائم و العقوبات. فليس للمتهم أن يدعي التضرر من سريان القانون الجديد على إجراءات محاكمته بحجة انه قد ارتكب جريمته قبل صدور القانون الجديد وفي ظل قانون آخر[3]. كما ليس له حق طلب تشكيل المحكمة التي تحاكمه وفق القانون القديم.

٥ - القانون المفسر:

وهو التشريع الذي يصدر لإزالة غموض شاب نصوص قانون نافذ أدى إلى الاختلاف في تفسيره وتطبيقه. فالمحاكم قد تختلف في الرأي عند تفسير قانون معين ويضطرب قضاؤها فيه، فيتدخل المشرع ليحدد الحكم الوارد في القانون المختلف على تفسيره ويأتي بتشريع لاحق على نحو يبدد الخلاف الناشب حوله ويرفع عنه الغموض أو الغلط أو التعارض الذي شابه[4]. أي ان المشرع في هذه الحالة يعمد إلى إصدار قانون جديد يفسر به القانون القديم، فيسمى هذا النوع من التفسير بـ(التفسير التشريعي)، ويسمى القانون اللاحق الذي يصدره المشرع بـ(التشريع التفسيري). ولهذا يعتبر التشريع اللاحق جزءاً متمماً ومكملاً للتشريع السابق، لأنه كاشف لا مُنشئ. فلا يأتي بأحكام موضوعية جديدة، بل يتضمن أحكاماً مفسرة للقانون النافذ ومن الطبيعي أن يسري لا من تاريخ نشره ونفاذه، وإنما من تاريخ سريان التشريع السابق. أي انه يأخذ نفس المد الزمني لسريان التشريع السابق ويمتد حكمه على كل الوقائع التي حصلت في ظله ويسري على ما سبق صدوره من وقائع من وقت صدور التشريع السابق ما دام لم يصدر في شأن تلك

---

(١) (تمييز جزاء ٧٦/٤٨ منشور في مجموعة المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الجزائية - الجزء الأول ص٨٢ صفحة ١٦٢٤ سنة ١٩٧٦).

(٢) عدل عليا رقم ٩٥/٢٤١، مجلة نقابة المحامين-السنة الرابعة والأربعون -العددان الرابع والخامس- نيسان وأيار ١٩٩٦ص ٧٨١.

(٣) انظر محمد كمال عبد العزيز المرجع السابق -ص٣٨٤ والدكتور حسن الخطيب - المرجع السابق -ص١١٠ والدكتور علي محمد بدير- المرجع السابق -ص٢٥٥ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك - المرجع السابق -ص١٤١ .

(٤) لتفاصيل هذا الموضوع راجع الصفحة ٢٠٨ وما بعدها مما سيأتي .

الوقائع حكم نهائي قبل صدور التشريع الجديد.

وتجدر الإشارة إلى أن البعض لا يعدّ التشريع اللاحق المفسر تشريعاً جديداً من الناحية الموضوعية ولا استثناء حقيقياً من قاعدة عدم رجعية القوانين ، على أساس ان الذي يطبق من الناحية الموضوعية هو التشريع القديم بالمعنى الذي يفسره القانون الجديد[1] .

ثانياً- النظرية الحديثة :

قامت هذه النظرية في الفقه الفرنسي أيضاً ومن أشهر أنصارها (روبيه) و (بلانيول)

و (كابيتان) و (ديجي) وغيرهم عندما تعرضوا للنظرية التقليدية بالانتقادات وبنوا نظريتهم الحديثة على أساس (الأثر الفوري أو المباشر) للقانون وتوضيح المقصود بالأثر الرجعي وعدم الخلط بينه وبين الأثر المباشر للقانون. إذ قالوا ان النظرية التقليدية المستندة إلى معيار الحق المكتسب ومجرد الأمل لا يمكن أن تجد حلولاً لكل الصعوبات المتعلقة ببدء سريان القانون لغموضها وعدم تحديدها نطاق الحق المكتسب تحديداً دقيقاً وخلطها بين (الأثر الرجعي)

و (الأثر الفوري أو المباشر) للقانون، في حين يجب التمييز بينهما. ذلك لأن القانون الجديد الذي يصدر من السلطة التشريعية يجب تطبيقه بأثر فوري في الحال فور نفاذه من وقت العمل به على كل مركز قانوني ينشأ في ظله ابتداء من وقت العمل به ولو كانت جذوره ترجع إلى الماضي والامتناع عن العمل بالقانون القديم الذي جاء القانون الجديد معدلاً أو لاغياً له، كونه أفضل من القانون القديم[2] . فالأثر الفوري أو المباشر للقانون يستلزم سريانه على ما ينشأ من مراكز قانونية في ظله وعلى الآثار المستقبلية للمراكز القانونية التي وقعت في ظل قانون قديم ويدركها وهي في دور التكوين أو الانقضاء. لأن القانون لا يسري على ما ينشأ من مراكز قانونية في ظله فحسب، بل على المراكز القانونية التي يدركها وهي في دور التكوين أو الانقضاء ولم يتم هذا التكوين أو الانقضاء إلا في ظل القانون الجديد. وذلك بالنسبة لما يتوافر في ظله من العناصر التي يتم بها هذا التكوين أو الانقضاء، كالتقادم المكسب والمسقط. ففي التقادم المكسب إذا صدر قانون جديد يغير من

---

(١) انظر الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق --١٤٢ والدكتور مالك دوهان الحسن -المرجع السابق - ٤٤٠ .

(٢) انظر الدكتور حسن الخطيب - المرجع السابق -ص١١٥ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق -ص١١٥ والدكتور علي محمد بدير - المرجع السابق -ص٢٥٦ وما بعدها .

شروط اكتساب الحق بالتقادم بأن أضاف شروطاً جديدة أو حذف شروطاً كان يشترطها القانون القديم، فإن هذا القانون الجديد هو الواجب التطبيق. وفي التقادم المسقط - كمركز قانوني في دور الانقضاء - إذا صدر قانون جديد يضيف شروطاً جديدة لسقوط الحق بالتقادم أو يحذف شروطاً كان يتطلبها القانون السابق فان القانون الجديد هو الذي يجب تطبيقه.

والقانون الذي يرفع سن الرشد يطبق في الحال على جميع الحالات القائمة وقت صدوره لأن ذلك نتيجة حتمية للأثر المباشر للقانون ، ويعتبر كل من بلغ سن الرشد في ظل القانون القديم ولم يبلغ العمر الذي حدده القانون الجديد لبلوغ سن الرشد قاصراً.

أما فيما يتعلق بصحة أو بطلان المراكز القانونية التي تمت في الماضي وترتبت آثارها، فيظل القانون القديم هو الواجب التطبيق ولا يسري عليها القانون الجديد ما لم يكن له أثر رجعي. أما الوقائع التي تقع بعد نفاذ القانون الجديد، فسواء أكانت متعلقة بتكوين المركز القانوني أم بآثاره، فإنها تخضع له لا للقانون القديم. ويرى أنصار النظرية ان مبدأ الأثر المباشر للقانون يتفق مع نية المشرع الإجمالية، عندما يلغي قانوناً غير صالح ويستبدل به قانوناً أحدث، فإن القانون الأحدث يكون في نظره أصلح للمجتمع مما يجب تطبيقه فوراً بالأثر المباشر.

استثناءات النظرية الحديثة:

ان الأثر الفوري أو المباشر للقانون في النظرية الحديثة ليس مطلقاً بل يستثني منها أنصارها مايلي :-

١- القوانين المتعلقة بالالتزامات التعاقدية التي تكونت في ظل القانون القديم وما تزال جارية عند نفاذ القانون الجديد، وذلك لأن الروابط التعاقدية يترك أمر تنظيمها لإرادة الأشخاص أخذاً بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ومبدأ سلطان الإرادة، فلا مجال للتمسك بالأثر المباشر للتشريع الجديد فيها، وإنما يسمح هنا بامتداد حياة القانون القديم ليحكم آثارها حتى تنقضي.

وعلى ذلك إذا صدر قانون جديد يعدل الآثار في العقود أو يقرر سبباً جديداً لفسخ العقد أو للحكم بالبطلان، فإن هذا القانون لا يطبق على العقود التي أبرمت قبل نفاذه، بل تظل الآثار التي تترتب عليها خاضعة للقانون الذي ابرمت في ظله ولو نتجت هذه الآثار أو استمرت بعد صدور القانون الجديد. فلا يكون لهذا الأخير أثر مباشر عليها. لأن الأشخاص حينما يبرمون عقداً معيناً يرتبون أمور معيشتهم طبقاً للقانون الذي كان سارياً وقت تعاقدهم

ولا يرد في اعتبارهم احتمال تغير القانون والغائه. فإذا صدر قانون جديد يغير من آثار هذا العقد، فإنه يفوت عليهم تدابيرهم ويضر بمصالحهم ويزعزع ثقتهم بالنظام القانوني في الدولة. وقد لا يوجد من دواعي المصلحة العامة ما يبرر هذا الضرر، خاصة بالنسبة للعقود التي يكون ترتيب آثارها متروكاً لإرادة المتعاقدين وتحكمها قواعد قانونية مكملة أو مفسرة لا آمرة أو ناهية.

فمثلاً إذا عقد شخصان عقد بيع واتفقا على تسليم المبيع في محل المشتري في ظل قانون كان لا يمنع مثل هذا الاتفاق، ثم صدر قانون جديد يجعل تسليم المبيع في محل البائع، فإن القانون القديم يظل يحكم هذا العقد الذي أُبرم في ظله وتظل قوته مستمرة حتى بعد صدور القانون الجديد ولو لم يكن قد تم تسليم المبيع ودفع الثمن عند نفاذ القانون الجديد. لأنه قانون مكمل أو مفسر لإرادة المتعاقدين فيما يتعلق بمكان تسليم المبيع ويجوز الاتفاق على استبعاده.

أما العقود التي يكون ترتيب آثارها غير متروك لإرادة المتعاقدين كلياً أو جزئياً بعد انعقادها، كعقد الزواج الذي يقتصر دور إرادة الأفراد فيه على قبول الدخول في العلاقة الزوجية ثم يتولى القانون بعد ذلك تنظيم هذه العلاقة وتحديد الآثار المترتبة عليها، فتسري عليها قاعدة الأثر المباشر لضرورة توجيه القانون الذي يطبق على الحالات المماثلة التي من هذا النوع. وهكذا الحال بالنسبة لسعر الفائدة وغير ذلك من الأوضاع الناشئة عن القانون التي تخضع بالأثر المباشر للقانون الجديد دون الأوضاع القانونية الناشئة عن العقد .

٢ - وفيما يتعلق بـ(الأدلة المعدة أو المهيأة)، وهي التي ينبغي إعدادها عند تكوين المصدر المُنشئ للحق وقبل النزاع عليه، كالدليل الكتابي الذي يعد لإثبات التصرفات القانونية ويسري عليه القانون الذي كان نافذاً وقت إعداده، أو في الوقت الذي استطاع أو ينبغي فيه إعداده. ففي إجازة المشرع في القانون المدني إثبات الدعوى بالبينة الشخصية (الشهادة) في الالتزامات التعاقدية غير التجارية التي تقل قيمتها عن عشرة دنانير، ووجوب إثبات ما يزيد عن ذلك بالبينة التحريرية، (م٢٨/١ قانون البينات)، فإن هذا الحكم يبقى ثابتاً وان جرى تعديل حكم هذه المادة بجعل الإثبات بالبينة الشخصية لحد ٢٠ ديناراً. فلا يجوز إثبات الدين الواقع قبل التعديل بمبلغ (١٥) ديناراً بالبينة الشخصية، لأن العبرة بأدلة الإثبات وقت وقوع الدين.

وتتفق هذه القاعدة مع النظرية التقليدية أيضاً، لأن تطبيق القانون الجديد على

(الأدلة المعدة أو المهيأة) يعتبر إخلالاً بالحق الذي كسبه من يتمسك بهذه الأدلة وفقاً للقانون القديم. كما تتفق هذه القاعدة مع مبادئ النظرية الحديثة، لأن الوضع القانوني الذي نشأ عن التصرف إما أنه قد اكتمل أو انقضى في ظل القانون القديم، فيظل محكوماً به في تكوينه أو انقضائه، وفي إثبات ذلك التكوين أو هذا الانقضاء"[1].

وقد أخذت المادة (٩) من القانون المدني الأردني بهذه القاعدة بقولها: (تطبق على أدلة الإثبات النصوص السارية عند إعدادها أو في الوقت الذي يجب أن تعد فيه).

تقدير النظريتين :

تعرضت النظرية التقليدية للنقد من الفقه الحديث . فقيل انها جاء ت مشبعة بنزعة رعاية المصالح الفردية على حساب أهداف القانون، وانها لم تضع معياراً واضحاً للتمييز بين الحق المكتسب ومجرد الأمل، وتخلط بين الأثر المباشر وبين الأثر الرجعي للقانون عندما تجعل من سريان القانون على شخص اكتملت أهليته في ظل قانون قديم وصيرورته ناقص الأهلية في ظل قانون جديد يرفع سن الرشد، مَثلاً لرجعية القانون، مع انه في حقيقته هو مَثل للأثر المباشر للقانون .

وتعرضت النظرية الحديثة بدورها للنقد بسبب عدم تخلصها من آثار الفكر الفردي، كرفضها سريان القوانين المتعلقة بالنظام العام على الماضي وعدم اعتدادها بذلك أصلاً رغم وجوب انثناء إرادة الأشخاص أمام اعتبارات النظام العام وسريان القوانين المتعلقة بالنظام العام بأثر مباشر على آثار العقود التي أبرمت قبل العمل بها وفور نفاذها بناء على مقتضيات مصلحة الجماعة حتى ولو كانت هذه العلاقات ناشئة في ظل قانون سابق.[2] بينما تصر النظرية على وجوب إخضاع آثار التصرفات القانونية هذه للقانون الذي تمت في ظله وان استمرت هذه الآثار إلى ما بعد نفاذ القانون الجديد .

هذا بالإضافة إلى أن الأساس الذي أقامت عليه النظرية التفرقة بين الأثر المباشر للقانون الجديد والأثر المستمر للقانون القديم، أساس يصعب تحديده. ذلك لأن هذا الأساس يفرق في المراكز التي يكون مصدرها القانون، فيجعل القانون الجديد يطبق عليها بأثر مباشر، وبين المراكز التعاقدية التي يجعل القانون القديم يطبق عليها تطبيقاً مستمراً، فهذه التفرقة غير محكمة وتدق أحياناً معرفة ما إذا كنا بصدد مركز قانوني أو مركز تعاقدي .

---

(١) انظر الدكتور علي محمد بدير -المرجع السابق - ص٢٥٧ وعبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه - المرجع السابق - ص٣٠٤وما بعدها .

(٢) انظر الأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير - المرجع السابق -ص١١٦ .

ورغم التسليم بصحة الانتقادات الموجهة إلى النظرية التقليدية، فقد استمر اعتماد الفقه والقضاء في تحديد بدء سريان القانون على معيار الحق المكتسب في كثير من الدول، كفرنسا ومصر ولم تتأثر أحكام المحاكم بعيوب هذا المعيار.

وتجدر الأشارة إلى أن المشرع الأردني عالج أحكام تنازع القوانين من حيث الزمان بالنسبة لمسائل الأهلية وأدلة الإثبات والتقادم في المواد (٤-١٠) من القانون المدني تحت عنوان (التطبيق الزمني للقانون) كما سبق أن بينا تفاصيل هذه المواد ضمن الموضوعات المتعلقة بها.

المبحث الثاني

سريان القانون من حيث المكان (مبدأ إقليمية القانون)

يقوم كيان كل دولة على توافر عناصر ثلاثة هي (الشعب ، الإقليم، النظام). والإقليم عبارة عن رقعة معينة من سطح الكرة الأرضية تباشر عليها الدولة سيادتها وفيها مستقر لشعبها. ويمتد نطاق هذه الرقعة ليشمل كل الأجزاء البرية والمائية والجوية منها . أي اليابسة وما تحتها من طبقات أرضية إلى عمق ما لا نهاية له وما تحتوي عليها هذه الطبقات من شتى أنواع الثروة، والأنهر والبحيرات الداخلية والقنوات التي تحفر على أرض الدولة لتصل بين بحرين كقناة السويس، والمياه الساحلية أو البحر الإقليمي كما يحددها القانون الدولي العام. إذ حددت هذه المياه في اتفاقية لوزان عام ١٩٢٣ بمرمى مدفع بحري في ذلك الوقت (ثلاثة أميال بحرية) تبدأ من شاطئ الدولة نحو البحر العام. والميل البحري يساوي (١٨٥٢) متراً باتجاه أعالي البحر ويقاس من أدنى حد لانحسار ماء البحر على الساحل. وذلك لأن هذه المسافة كانت أقصى ما يمكن أن تصل اليها قذائف المدافع قديماً. إلا أن الدول رفعت هذه المسافة اليوم إلى ١٢ ميلاً بحرياً أو أكثر تمشياً مع طبيعة الظروف الدقيقة التي تجتازها خلافات الحدود وتطور المدافع والمدى الذي تصله قذائفها. وعدا هذه المساحات المائية الداخلية يعد من المياه الحرة التي لا تمتلكها أية دولة من الدول ومفتوحة أمام نشاطات جميع الدول. وكذلك يشمل نطاق الإقليم الأجواء الفضائية التي تغطي أجزاء الإقليم من يابسة ومياه إلى علو غير محدد [1]. وقد حددت الفقرة (٢) من المادة(٧) من قانون العقوبات الأردني إقليم المملكة الأردنية الهاشمية

---

(١) انظر مؤلفنا- مذكرات في مبادئ العلوم السياسية،الجزء الأول-مطبعة الأديب-البصرة/١٩٦٤-ص٤٧ وما بعدها ومؤلفنا-شرح قانون العقوبات العسكري-مطبعة حداد-البصرة/١٩٦٦-ص٢٧ وما بعدها ومؤلفنا شرح قانون العقوبات -القسم العام-المرجع السابق ص٦٩ وما بعدها والدكتور حسن عبد الهادي الجلبي-مذكرات أولية في القانون الدولي العام-بغداد/١٩٥٢-ص٢٢ والدكتور عبد الحميد المتولي-الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية ومبادئها الدستورية-القاهرة/١٩٥٩-ص١٢٧ و
Prof.Dr.Faruk Erem.Ceza Hukuku,Genel Hukumler.5 Basi .Cilt I.sf.77ve prof .Dr Seha L.Meray.
2 Savas ve Baris Hukuku-Ankara Universitesi Basimevi.1967.sf.80

كالآتي :-

أ - تشمل أراضي المملكة طبقة الهواء التي تغطيها، والبحر الإقليمي إلى مسافة خمسة كيلومترات من الشاطئ والمدى الجوي الذي يغطي البحر الإقليمي والسفن والمركبات الهوائية الأردنية .[1]

ب -والأراضي الأجنبية التي يحتلها الجيش الأردني إذا كانت الجريمة المقترفة تنال من سلامة الجيش أو مصالحه.

فالأصل ان لكل دولة السيادة التامة على جميع الأجزاء البرية والجوية والمائية لإقليمها وتمارس عليها مظاهر هذه السيادة من اختصاصات تكاد تكون مطلقة بمنأى عن أي تدخل خارجي من الدول الأخرى. ولهذا لابد من أن يكون تطبيق القانون الوطني إقليمياً في كل دولة وأن يسري على جميع أنحاء البلاد وعلى جميع الأشخاص الذين يوجدون في إقليمها من وطنيين وأجانب .[2]

فالدولة بما لها من سيادة تضع قوانينها لتسري على كل أجزاء إقليمها وعلى كل من يوجد في إقليمها من وطنيين وأجانب دون أن يتعدى سريان هذه القوانين حدود إقليمها إلى أقاليم غيرها احتراما لسيادة جميع الدول وعدم جواز التدخل في شؤونها الداخلية.[3] وهذا ما يسمى بـ(إقليمية القانون) أو (الاختصاص الإقليمي للقانون).

فمبدأ إقليمية القانون، هو سريان قانون الدولة على كل ما يقع داخل حدود إقليمها من وقائع وعلى كل الأشخاص الموجودين فيه من وطنيين وأجانب بصرف النظر عن جنسياتهم وطوائفهم وأديانهم ومهنهم وعقائدهم وألوانهم كمظهر من مظاهر سيادة الدولة المستقلة على إقليمها وتأسيساً على مبدأ سواسية الأفراد أمام القانون .

والأصل بالنسبة لقواعد القانون العام أن تطبق تطبيقاً إقليمياً مطلقاً لانها تتعلق بالنظام العام ولا تقبل مزاحمة القوانين الأجنبية داخل إقليم الدولة انطلاقاً من فكرة السيادة، ولأن القانون العام ينظم العلاقات التي تدخل فيها الدولة طرفاً بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة في المجتمع، خاصة قانون العقوبات. فالتجريم والعقاب من أهم الأمور التي تمس سيادة الدولة وسلامتها مما يجب تطبيق قانون العقوبات تطبيقاً إقليمياً

---

(١) يتضح من هذا النص ان المشرع الأردني قد حدد مسافة البحر الإقليمي بالكيلومتر، وذلك لضيق مساحة المياه الإقليمية الأردنية بينما تقاس هذه المسافة عادة بالميل البحري.

(٢) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير-المرجع السابق-ص١٠٨ .

(٣) Prof.Dr.Seha L.Meray, Delvletler Hukukuna Giris, Birinci cilt.Ajans Turk Matbaasi-Ankara-1960.sf.257.

على كل الوقائع التي تقع في إقليم الدولة بصرف النظر عن جنسية الذين يرتكبونها، أي سواء أكانوا من الوطنيين أم من الأجانب.

وتطبيقاً لذلك فقد أخذ قانون العقوبات الأردني كأصل بمبدأ إقليمية القانون عندما نصت المادة (١/٧) منه على أن: (تسري أحكام هذا القانون على كل من يرتكب داخل المملكة جريمة من الجرائم المنصوص عليها فيه. وتعد الجريمة مرتكبة في المملكة إذا تم على أرض هذه المملكة أحد العناصر التي تؤلف الجريمة أو أي فعل من أفعال جريمة غير متجزئة أو فعل اشتراك أصلي أو فرعي).

فوفقاً لهذا النص يطبق قانون العقوبات الأردني على كل جريمة تقع في إقليم المملكة بصرف النظر عن جنسية مرتكبها، وان المحاكم الأردنية هي المختصة في رؤيتها وفقاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية الأردني.

ومن جهة أخرى يعني هذا النص عدم تجاوز سلطان قانون العقوبات الأردني حدود إقليم الأردن، ولهذا تنص المادة (٨) منه على أن: (لا يسري القانون الأردني: ١- على الجرائم المقترفة في الإقليم الجوي الأردني على متن مركبة هوائية أجنبية إذا لم تتجاوز الجريمة شفير المركبة، على أن الجرائم التي لا تتجاوز شفير المركبة الهوائية تخضع للقانون الأردني إذا كان الفاعل أو المجنى عليه أردنياً أو إذا حطت المركبة الهوائية في المملكة الأردنية الهاشمية بعد اقتراف الجريمة. ٢- على الجرائم المقترفة في البحر الإقليمي الأردني أو في المدى الجوي الذي يغطيه على متن سفينة أو مركبة هوائية أجنبية إذا لم تتجاوز الجريمة شفير السفينة أو المركبة الهوائية).

فالمشرع الأردني عد الطائرة والسفينة الأجنبية في هذا النص من أجزاء إقليم الدولة التي تتمتع بجنسيتها وخارج نطاق سريان قانون العقوبات الأردني كقاعدة.

وهناك استثناءات أخرى من مبدأ إقليمية القانون تتضمن إخراج طائفة من الأجانب من نطاق سريان قانون وقضاء الدولة التي يقيمون فيها لاعتبارات السيادة ومصلحة الأفراد والأسرة الدولية.[1] وهؤلاء هم :

١- جميع الأجانب في إقليم الدولة لايطبق على أحوالهم الشخصية. قانون الأحوال الشخصية لدولة الإقامة، بل قوانينهم الشخصية[2].

---

(١) انظر مؤلفنا–شرح قانون العقوبات – القسم العام – المرجع السابق – ص١٣٤ ومؤلفنا مذكرات في العلوم الانسانية – مطبعة دار الطباعة الحديثة – البصرة/١٩٦٥ ص٢٥ ومؤلفنا – مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الثالث – مطبعة دار الطباعة الحديثة – البصرة/١٩٦٦ ص٢٥.

(٢) تنص المادة (١/١٢) من القانون المدني على أن: (يسري على الأحوال المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم).

٢- جميع الأجانب في إقليم الدولة لا تطبق عليهم القوانين المتعلقة بالحقوق والامتيازات العامة، كحق تولي الوظائف العامة وحق الانتخاب وحق الترشيح للهيئات النيابية والمجالس البلدية والقروية وبعض الواجبات العامة، كالخدمة العسكرية الإلزامية. فمثل هذه الحقوق والواجبات العامة خاصة بالوطنيين دون الأجانب وبالتالي فإن القوانين التي تنظمها في الدولة تسري على الوطنيين فقط دون الأجانب.

٣- أشخاص تستثنيهم المعاهدات والاتفاقيات الدولية من أحكام قوانين الدولة.[1]

٤- أشخاص يستثنيهم العرف الدولي لاعتبارات تتعلق بمصلحة المجتمع الدولي، مثل رؤساء الدول الأجنبية وأفراد أسرهم وحاشيتهم ملوكاً كانوا أم رؤساء جمهوريات بشرط أن يكونوا في رأس الحكم ويخطروا حكومة الدولة الأجنبية بوجودهم في إقليمها.

وكذلك المبعوثون الدبلوماسيون والقناصل المعتمدون الذين يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية وأفراد أسرهم يعفون من مبدأ إقليمية قانون الدولة التي اعتمدوا لديها لمقتضيات التعامل الدولي ومصلحة الأسرة الدولية ومن ضمنهم دبلوماسيو الأمم المتحدة وتشكيلاتها كافة.

أما أفراد الحاشية غير الرسمية في البعثات الدبلوماسية، كالسكرتير الخاص والطبيب الخاص والمربية والحارس الخاص والطباخ الذين يستخدمهم المبعوث الدبلوماسي، فلا يتمتعون بالحصانة الدبلوماسية وبالتالي لايعفون من اختصاص قانون وقضاء الدولة التي يوجدون فيها.

فأصحاب الحصانة الدبلوماسية إذا ارتكب أحدهم جريمة في إقليم الدولة التي اعتمدوا لديها لا يجوز إلقاء القبض عليه أو التحقيق معه أو تفتيش منزله بل يُطلب من دولته سحبه أو يُطلب منه مغادرة البلاد خلال مدة معينة. وقد أخذ قانون العقوبات الأردني بهذا الاستثناء عندما نص في المادة (١١) منه على ان:(لا تسري أحكام هذا القانون على الجرائم التي يرتكبها في المملكة موظفو السلك الخارجي والقناصل الأجانب ما تمتعوا بالحصانة التي يخولهم اياها القانون الدولي العام).

---

(١) ومن تلك الاتفاقيات الدولية، نذكر الاتفاقية العسكرية العراقية البريطانية لسنة ١٩٢٦ التي كانت تنص على اعفاء القوات العسكرية البريطانية المرابطة في العراق من أحكام قانون العقوبات العراقي واختصاصه القضائي.

المبحث الثالث

سريان القانون من حيث الاشخاص (مبدأ شخصية القانون)

كان لمبدأ إقليمية القانون ما يبرره في الماضي عندما كانت الدول قديماً تطبقه بإصرار وتشدد وتعصب كحالة واقعية معبرة عن إنغلاق المجتمعات القديمة على نفسها إنغلاقاً متسماً بعداء كل واحدة منها تجاه الأخرى وبعدم التعاون والانفتاح في العلاقات بين شعوبها إلى أن تصدع هذا المبدأ بنمو التجارة الدولية واتساع حركة التنقل بين الدول للعمل والسياحة والدراسة وسهولة المواصلات وإقامة الأفراد من جنسيات أجنبية في غير دولهم وما نشأ عن ذلك من تزاوج واختلاط بين أفراد الدول الأخرى.[1] وكانت إيطاليا أسبق البلدان إلى الشعور بوطأة مبدأ إقليمية القانون المطلق وبالرغبة في التخفيف من غلواء شدته.

فالذين ذهبوا للإقامة والعمل في غير بلادهم وجدوا أنفسهم خاضعين في جميع أعمالهم وأحوالهم لقوانين أجنبية لم يألفوها، وإنما تطبق عليهم استناداً إلى مبدأ إقليمية القانون، خاصة في مسائل أحوالهم الشخصية التي تتعلق بروابط الأسرة. ولهذا بدأت الدول تخفف من شدة التمسك بالسيادة وما يتفرع عنها من مبدأ إقليمية القانون، وتقبل باستثناءات اقتضتها مصلحة الأشخاص والأسرة الدولية معاً، بحيث تغير المبدأ المطلق إلى النسبي وقام مبدأ جديد، هو مبدأ (شخصية القانون). وكما سبق أن ذكرنا، فإن هذه الاستثناءات قد تركزت في عدم خضوع الأجانب للقوانين المنظمة للحقوق والالتزامات العامة لاعتبارات وطنية، ولقوانين الأحوال الشخصية في دولة الإقامة، وإخراج بعض الأجانب من نطاق سريان القانون الوطني بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية أو إمتثالاً للعرف الدولي ولاعتبارات تتعلق بمصلحة الأسرة الدولية.

فوفقاً لمبدأ شخصية القانون يسري القانون الوطني لكل دولة على المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية لرعاياها في الداخل والخارج، وهي المسائل المتعلقة بروابط الأسرة، كحالة الشخص، وعلاقته بأفراد أسرته، مثل الأهلية والزواج والطلاق والنفقة والحضانة والوصاية والولاية والنسب. . إلخ. لأنه بخلاف ذلك سوف تفقد الدولة صلتها برعاياها عندما يقيمون في الخارج مما يؤدي إلى إعاقة فرص الاتصال بين رعايا الدول المختلفة سياحياً وتجارياً وثقافياً ويضر بمصالح الأشخاص الذين تدعو أسباب كثيرة إلى سفرهم

---

(١) انظر الدكتور علي محمد بدير - المرجع السابق - ص٢٢٨ و

Dr. Necip Belge, Hukuk Bilimene Baslangici. 5ci Basl. Ankara/1952 .sf. 140.

للخارج ويفقدون صلتهم بقانونهم الشخصي ويخضعون لقانون البلد الذي يقيمون فيه، وقد لا تكون لهم مصلحة في هذه النتيجة. لأن الشيء الذي يحد من حرية الشخص ويحكم علاقاته في بلد ما هو القانون، والقانون تضعه الدولة بعد مراعاة الدين والأخلاق والعادات والتقاليد والمثل العليا المشتركة الموروثة لجماعتها. فقوانين الأحوال الشخصية يراعى في وضعها ما تألفه جماعة معينة من سنن الحياة وتشرع أساساً لتسري على من ينتمي إلى عضوية تلك الجماعة فقط، مما يساعد على احتفاظ جماعة كل دولة بطابعها وشريعتها وحياتها الخاصة التي تميزها عن غيرها من الجماعات.[1] فمثلاً إذا أخضع توزيع تركة بريطاني مسيحي مات في الأردن لقانون الأحوال الشخصية الأردني وأخضع توزيع تركة أردني مسلم مات في بريطانيا للقانون البريطاني، فإن الورثة سوف يتضررون من جراء ذلك لاختلاف أسس الميراث فيهما بحسب شريعتهما الخاصة. وهكذا الأمر بالنسبة للزواج والطلاق والأهلية . .. إلخ. وعلى هذا فإن القانون الفرنسي يطبق على مسائل الأحوال الشخصية للفرنسي المقيم في الأردن وقانون الأحوال الشخصية الأردني يطبق على مسائل الأحوال الشخصية للأردني المقيم في فرنسا. لأنه جرى التعامل الدولي على تنازل الدول بعضها لبعض بشكل متقابل ومتماثل عن تطبيق مبدأ إقليمية القانون في مسائل الأحوال الشخصية، وقبول تطبيق القانون الشخصي للأجانب فيها، سواء أكان هذا القانون هو قانون جنسيتهم أم قانون موطنهم. ويحدد المشرع الوطني في كل دولة مجال تطبيق القانون الأجنبي في هذه الحالة ضمن قواعد القانون الدولي الخاص، وهذا ما فعله المشرع الأردني عندما حدد مجال تطبيق القانون الأجنبي في الأردن بالمواد (١١-٢٩) من القانون المدني تحت عنوان (التطبيق المكاني للقانون).

فالواضح ان مجال الأخذ بمبدأ شخصية القانون في قواعد القانون الخاص أفسح من مجال الأخذ به في قواعد القانون العام، إذ ان مجال الأخذ به في قواعد القانون العام يتضاءل ولكنه لا ينعدم. لأن روابط القانون الخاص لا تتميز بطابع السلطة العامة أو سيادة الدولة. فمثلاً أخذ المشرع الأردني بمبدأ شخصية القانون في قواعد القانون الخاص كما يلي:-

١- تنص المادة (١/١٢) من القانون المدني الأردني على إخضاع الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم لقانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم عدا حالة نقص الأهلية

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز - المرجع السابق - ص٢١٥ وعبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه - المرجع السابق - ص٢٣٠.

بسبب الخفاء للمصلحة الوطنية بالنسبة للتصرفات المالية التي تعقد في الأردن وتترتب آثارها فيه.[1]

٢- تنص المادة (٢/١٢) من القانون المدني على إخضاع النظام القانوني للأشخاص الحكمية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها لقانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيس الفعلي، ولكنها إذا باشرت نشاطها الرئيس في الأردن فإن القانون الأردني هو الذي يسري.

٣- تنص المادة (١/١٣) من القانون المدني الأردني على إخضاع الشروط الموضوعية لصحة الزواج للقانون الشخصي لكل من الزوجين. وفي الشروط الشكلية للزواج أجازت

المادة (٢/١٣) من القانون المدني تطبيق القانون الشخصي لكل من الزوجين أو الأخذ بمبدأ إقليمية القانون وتطبيق قانون محل انعقاد عقد الزواج بقولها: (أما من حيث الشكل فيعتبر الزواج ما بين أجنبيين أو ما بين أجنبي وأردني صحيحاً إذا عقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تم فيه، أو إذا روعيت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزوجين).

٤- تنص المادة (١٤) من القانون المدني الأردني على إخضاع آثار الزواج لقانون الزوج وقت انعقاد الزواج والطلاق لقانون الزوج وقت الطلاق والتطليق والانفصال لقانون

الزوج وقت رفع النزاع. إلا أنه بحسب المادة (١٥) من القانون المدني إذا كان أحد الزوجين أردنياً وقت انعقاد الزواج في الأحوال المنصوص عليها في المادتين (١٣و ١٤) المذكورتين، فإن القانون الأردني وحده هو الذي يسري عدا شرط الأهلية للزواج.

٥- تنص المادة(١٧)من القانون المدني الأردني على إخضاع المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين لقانون الشخص الذي تجب حمايته.

٦- تنص المادة (١٨) من القانون المدني الأردني على إخضاع الميراث والوصية لقانون المورث والموصي وقت الوفاة . . .إلخ.

ورغم ان مجال الأخذ بمبدأ شخصية القانون ضيق جداً في قواعد القانون العام بسبب إقليمية تطبيقها وتوقف سلطانها عند حدود الدولة وعدم تجاوزها إلى خارج هذه الحدود

---

(١) راجع تفاصيل المصلحة الوطنية في الصفحة١٢٢ وما بعدها.

إحتراماً لسيادة الدول الأخرى وعدم جواز التدخل في شؤونها الداخلية، إلا أنه استثناء قد يتتبع القانون العام الوطني رعايا الدولة ليحكم أفعالاً يرتكبونها في خارج حدود إقليمها، خاصة في الجرائم المتعلقة بأمن الدولة وسلامتها وعملتها وسنداتها الرسمية وطوابعها وأختامها، وبهذا أخذ قانون العقوبات الأردني في المادة (٩) منه التي تنص على أن :(تسري أحكام هذا القانون على كل أردني فاعلاً كان أو شريكاً محرضاً أو متدخلاً ارتكب خارج المملكة جناية أو جنحة مخلة بأمن الدولة أو قلد ختم الدولة أو قلد نقوداً أو زور النقد أو السندات المصرفية الأردنية أو الأجنبية المتداولة قانوناً أو تعاملاً في المملكة).

وكذلك أخذ قانون العقوبات الأردني بمبدأ شخصية القانون في الفقرات (١و ٢و ٣) من المادة (١٠) منه، وكالآتي :(تسري أحكام هذا القانون :

١- على كل أردني - فاعلاً كان أو شريكاً محرضاً أو متدخلاً - ارتكب خارج المملكة جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون الأردني. كما تسري الأحكام المذكورة على من ذكر ولو فقد الجنسية الأردنية أو اكتسبها بعد ارتكاب الجناية أو الجنحة.

٢- على الجرائم التي يرتكبها خارج المملكة أي موظف أردني أثناء ممارسته وظيفته أو بمناسبة ممارسته اياها.

٣- على الجرائم التي يرتكبها خارج المملكة موظفو السلك الخارجي والقناصل الأردنيون ما تمتعوا بالحصانة التي يخولهم اياها القانون الدولي العام).

المبحث الرابع

مبدأ امتداد سريان القانون إلى خارج إقليم الدولة

وقد يمتد نطاق سريان قانون الدولة إلى خارج إقليمها، فيسري على أشخاص من غير رعاياها، وهو ما يعبر عنه بمبدأ (امتداد نطاق سريان القانون من حيث المكان)،[1] كامتداد نطاق سريان القانون الجنائي استثناء من مبدأ إقليمية هذا القانون، على جرائم معينة يرتكبها أجانب في خارج إقليم الدولة لحرص كل دولة على مصالحها الأساسية وإخضاع أية جريمة تمس هذه المصالح لقانونها وقضائها من جهة، وعدم ثقتها باهتمام الدول الأخرى بإنزال العقاب العادل فيما لو ارتكبت هذه الجرائم في إقليمها. فجريمة التآمر على نظام الحكم ضد دولة معينة تمس كيان تلك الدولة وتهدد مصالحها أكثر مما تمس كيان الدولة التي ارتكبت هذه الجريمة في إقليمها.

---

(١) انظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون -المرجع السابق- ص٨٩.

ومبدأ امتداد تطبيق القانون لا يتعلق بمبدأ شخصية القانون، لأن مرتكب الجريمة في مبدأ امتداد القانون هو أجنبي لا وطني، بينما مبدأ شخصية القانون يقتصر على تتبع قانون الدولة لرعاياها في الخارج دون الأجانب. وقد أخذ قانون العقوبات الأردني بمبدأ الامتداد إلى الخارج في حالتين: أولاهما نصت عليها المادة (٩) منه بالنسبة للجرائم الواردة فيها إذا ارتكبها كل أجنبي خارج الأردن بقولها :(تسري أحكام هذا القانون على كل أجنبي - فاعلاً كان أو شريكاً محرضاً أو متدخلاً - ارتكب خارج المملكة جناية أو جنحة مخلة بأمن الدولة أو قلد ختم الدولة أو قلد نقوداً أو زور النقد أو السندات المصرفية الأردنية أو الأجنبية المتداولة قانوناً أو تعاملاً في المملكة).

والحالة الثانية نصت عليها الفقرة (٤) من المادة (١٠) منه بقولها :(تسري أحكام هذا القانون على كل أجنبي مقيم في المملكة الأردنية الهاشمية، فاعلاً كان أو شريكاً محرضاً أو متدخلاً، ارتكب خارج المملكة الأردنية الهاشمية جناية أو جنحة يعاقب عليها القانون الأردني، إذا لم يكن استرداده قد طلب أو قبل).

وهكذا يتضح لنا انه إذا اتفقت الدول جميعاً على اتباع مبدأ شخصية القانون المطلق أو مبدأ إقليمية القانون المطلق في جميع فروع القانون، يتعذر عندئذٍ قيام التنازع بين قوانين الدول المختلفة وتنتفي الحاجة إلى قواعد القانون الدولي الخاص، ولكن مثل هذا الاتفاق لم ولن يحصل مطلقاً، مما حدا بالدول إلى الأخذ بهما معاً في حدود متفاوتة ومتغيرة بحسب ما تقتضيه مصالحها العليا وظروفها الخاصة، ومن هذه الحدود المتفاوتة ينشأ التنازع بين القوانين الخاصة عند تطبيقها إقليمياً أو شخصياً وتقوم قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص بتعيين القانون الواجب تطبيقه على هذا التنازع عندما يحصل بين القانون الوطني وقانون أجنبي في الحالات التي يسمح فيها المشرع الوطني بتطبيق القانون الأجنبي لاعتبارات العدالة والملاءمة في العلاقات القانونية المشوبة بعنصر أجنبي.

المبحث الخامس

تفسير القانون

التفسير يعني لغة البيان والتوضيح لكشف المراد. فتفسير القانون يعني توضيح ما أبهم من ألفاظه وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه والتوفيق بين أجزائه عند حدوث تناقض أو تعارض بينها.

فكل نص قانوني يتكون من ألفاظ هي هيكله ومبناه ، ومن أغراض ومقاصد هي

معناه، وقد يتوفق المشرع في صياغته، فيأتي النص سليماً في مبناه ومعناه، وقد لا يتوفق، فيأتي غامضاً أو متناقضاً أو متعارضاً أو مشوباً بغلط مادي يقع نتيجة السهو والنسيان وعدم الدقة في الصياغة مما يتطلب إزالة هذه العيوب عنه .

فالمشرع مهما حاول أن يكون دقيقاً وواضحاً في صياغة النص ، قد يقع في غلط أو تناقض أو غموض يظهر عند تطبيق القاعدة القانونية ، ويحصل خلاف حول المقصود منها، مما يتطلب تحديد اليقين في الوصول إلى قصد المشرع وحسم الخلاف في حكمها .

إذن نستطيع أن نعرف تفسير القانون بانه (الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة القانونية من حكم وتحديد المعنى الذي قصده المشرع في هذه القاعدة عند تطبيقها على الظروف الواقعية)، ولهذا يقصر معظم الشراح نطاق التفسير على القواعد القانونية المكتوبة فقط، أي التشريع . لأن التشريع يأتي بالمعنى واللفظ معاً ويحتاج إلى بيان معناه من خلال نصوصه، عكس القواعد القانونية الأخرى المستمدة من المصادر غير المكتوبة، خاصة العرف وقواعد العدالة التي لا حاجة لتفسيرهما لأنهما عبارة عن معنى مستقر في الأذهان لا يقيده لفظ خاص.

فالقاعدة العرفية مثلاً لاترد في ألفاظ محددة، وإذا أريد تطبيقها يجب البحث عنها وتقصي وجودها وهذا البحث والتقصي يؤدي إلى الوقوف على معناها ويغني عن تفسيرها.

فالتفسير إذن هو بيان معنى التشريع من خلال فحوى وألفاظ نصوصه، ووظيفة المفسر هي العمل على إزالة ما يصيب النصوص من عيوب وتوضيح هذه النصوص بالتوصل إلى حقيقتها وجعلها أقرب إلى العدالة وأميل إلى الإنصاف. وذلك لأن التشريع يأتي عادة في مواد مركزة وموجزة، الأمر الذي يحيطه في كثير من الأحيان الغموض ويصعب معرفة معناه فيلزم تفسيره.[1]

ولهذا جرى الفقه على بحث التفسير بمناسبة الكلام عن التشريع فقط نظراً لأنه يعدّ في الوقت الحاضر المصدر الأساس للقواعد القانونية .

أما بقية المصادر، وخاصة غير المكتوبة منها، كالعرف ومبادئ العدالة، فإنها ليست بحاجة إلى التفسير، لأنها في الواقع ليست إلا معنى ثابتاً ينبع من مصدره ويستقر في أذهان الناس دون تحديده في نص معين أو في لفظ خاص يقيده .

فالقاضي عندما يطبق القاعدة القانونية يجب عليه أن يحدد نطاق سريانها في الزمان والمكان والأشخاص ومن حيث الموضوع ويكشف مضمونها عن طريق التفسير .

---

(١) انظر الدكتور حسن كيرة – المرجع السابق –ص٥١١ والدكتور محمد علي امام – المرجع السابق – ص٢٩٣ .

انواع التفسير :

يتنوع تفسير القانون بتنوع الجهة التي تقوم به ويختلف باختلاف الغاية التي يستهدفها ويتم بعدة طرق ووسائل مختلفة. فقد يقوم القاضي بتفسير القانون على أساس ان تطبيقه من اختصاصه، ولهذا يجب أن يقوم بتفسيره أيضاً، وإن قام بذلك سمي عمله بـ(التفسير القضائي).

إلا أن عملية التفسير لا تقتصر على القاضي فقط، بل قد يتولاها رجال الفقه أيضاً عندما يضعون من جانبهم تفسيراً فقهياً للقانون يسترشد به القاضي، وهذا ما يسمى بـ(التفسير الفقهي).

كما ان المشرع قد يتدخل بنفسه فيقوم بإصدار نص لاحق يفسر به النص المعيب السابق، وهذا ما يسمى بـ(التفسير التشريعي)، ولذلك يتعين علينا دراسة أنواع التفسير وطرقه وحالاته.

اولاً- التفسير التشريعي :

قد يقوم المشرع نفسه ببيان حقيقة معنى الحكم الوارد في تشريع سابق أصدره لتوضيح غموضه أو لتكملة نقصه. والتفسير التشريعي حق للمشرع لا تؤثر فيه استطالة الزمن بين القانونين (القانون المفسِّر والقانون المفسر) ولا استقرار أحكام القضاء فيما فصلت فيه من قضايا مماثلة. فعندما يصدر تشريع ويثور الخلاف حول المعنى المقصود في مسألة أو أكثر من المسائل التي تناولها هذا التشريع، قد يفهم بعض القضاة القاعدة على نحو، ويفهمها البعض الآخر على نحو آخر، وحينذاك يرى المشرع نفسه مضطراً للتدخل في الموضوع لحسم مصدر الخلاف عن طريق تفسير القاعدة القانونية المعيبة التي ثار الخلاف حولها، بإصدار تشريع آخر يوضح فيه حقيقة معناها. لأن المشرع لما كان يملك سلطة سن التشريع، فهو يملك من باب أولى سلطة تفسيره وتعديله عن طريق إصدار تشريع تفسيري يفسر به التشريع الغامض أو الناقص، ويوضح معناه، وفي هذه الحالة يعتبر القانون المفسر متمماً للقانون الأصلي(المفسِّر) ونافذاً لا من يوم صدوره، بل من يوم نفاذ القانون المفسِّر (السابق).

فإطلاق عبارة (قانون مفسر) لا يخرجه عن كونه قانوناً ملزماً ، ولكنه كاشف غير منشئ وجزء لا يتجزأ من التشريع المفسِّر، ولذلك يتعين أن تقف مهمته عند توضيح الغموض أو اكمال النقص أو إزالة التناقض الموجود في النص السابق فقط وليس له أن يضيف اليه أحكاماً موضوعية جديدة بحجة التفسير ، فإن فعل ذلك لا يعد ما قام به

تفسيراً للقانون بل تعديلاً له، ولا تعدّ القواعد الجديدة مفسرة تسري من يوم سريان القانون الذي تم تفسيره، بل قواعد جديدة معدلة للقانون السابق تسري من تاريخ نفاذها .

ويفهم من ذلك ان التفسير التشريعي حق يعود لواضع القانون نفسه لا للقاضي ولهذا السبب سمي بـ (التفسير التشريعي) وسمي التشريع الذي يصدره لتفسير التشريع المختلف على معناه بـ (التشريع التفسيري).

والتفسير التشريعي إما أن تقوم به نفس السلطة التشريعية التي أصدرت التشريع المراد تفسيره وبنفس الإجراءات والمراحل التشريعية، أو أن يخول الدستور حق القيام به لهيئة معينة أخرى في الدولة بناء على مقتضيات الظروف، وعندئذٍ يعد التفسير الصادر من هذه الهيئة المخولة، تفسيراً تشريعياً و له نفس القوة التي كانت تثبت له لو كان صادراً من السلطة التشريعية نفسها، بشرط ألا يتجاوز الأمر حدود التفسير إلى تقرير أحكام جديدة. فمثلاً خولت المادة(١٢٣) من الدستور الأردني (الديوان الخاص) للقيام بتفسير نص أي قانون لم تكن المحاكم قد فسرته إذا طلب إليه ذلك رئيس الوزراء. ويتألف الديوان الخاص هذا من رئيس محكمة التمييز رئيساً وعضوية أثنين من قضاتها وأحد كبار موظفي الإدارة يعينه مجلس الوزراء يضاف إليهم عضو آخر من كبار موظفي الوزارة ذات العلاقة بالقانون المطلوب تفسيره، ينتدبه الوزير المختص. ويصدر الديوان الخاص قراراته بالأغلبية، ويكون للقرارات التي يصدرها مفعول القانون بعد نشرها في الجريدة الرسمية[1].

أما الهيئة المخولة بتفسير أحكام الدستور بحسب المادة (١٢٢) من الدستور الأردني، فهي (المجلس العالي) بناءً على قرار صادر من مجلس الوزراء أو بقرار يتخذه أحد مجلسي الأمة بالأكثرية المطلقة. ويكون نافذ المفعول بعد نشره في الجريدة الرسمية. ويتألف المجلس العالي بحسب المادة(٥٧) من الدستور من رئيس مجلس الأعيان رئيساً ومن ثمانية أعضاء، ثلاثة منهم يعينهم مجلس الأعيان من بين أعضائه بالاقتراع وخمسة من قضاة محكمة التمييز بترتيب الأقدمية. وعند الضرورة يكمل العدد من رؤساء المحاكم التي تليها بترتيب الأقدمية، وبحسب المادة (٥٩) من الدستور تصدر قرارات المجلس بأغلبية ستة أصوات .

---

(١) لقد قام الديوان الخاص بتفسير قوانين عديدة نذكر منها على سبيل المثال قراره رقم (٦) لسنة ١٩٦٦ المتعلق بتفسير الفقرة الرابعة المعدلة من المادة (١٨) من قانون المسكرات لسنة ١٩٣٥، وقراره رقم ٩١٧ لسنة ١٩٥٧ المتعلق بتفسير أحكام المادة(١٢) من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ وقراره رقم ١٧ لسنة ١٩٨٠ المتعلق بتفسير بعض مواد قانون الجنسية أيضاً ...الخ .

فالتفسير التشريعي[1] بصورة عامة ملزم للمحاكم ويتحتم عليها أن تأخذ به خلافاً لكل من التفسير القضائي والتفسير الفقهي ولو لم يصادف هذا التفسير قبولاً منها. وذلك لصدوره من المشرع في صورة تشريع أو من هيئة مفوضة بذلك، على أساس ان التشريع واجب الاحترام وملزم للمحاكم .

ثانياً- التفسير القضائي:

هو التفسير الذي تقوم به المحاكم في واقعة معروضة عليها. فالقضاء يتولى مهمة التفسير بحكم طبيعة وظيفته بالفصل في المنازعات والتزامه بالحكم فيها، وهو الذي يواجه عملياً غموض التشريع وعيوبه عند تطبيقه، وهذا الأساس هو المقصود من مصطلح التفسير بصورة عامة . إذ ان تطبيق القانون يتطلب من القاضي بذل قصارى جهده لاستخلاص المعنى الذي قصده المشرع في ألفاظ النص، ويستعين القاضي بشتى الوسائل اللغوية والمنطقية والعقلية للتفسير ويرجع إلى مختلف المصادر المادية والتاريخية والأعمال التحضيرية لبلوغ الغاية التي أرادها واضع القانون.

وهكذا فإن التفسير يعد من صميم عمل القاضي في حالة غموض النصوص التشريعية أو تناقضها أو أي عيب فيها عندما يريد تطبيقه على النزاع المعروض عليه. فهو إذن لا يجنح إلى التفسير إلا إذا عرضت عليه مسألة للحكم فيها ، وحينذاك يقوم بتفسير القانون من تلقاء نفسه دون أن يطلب منه ذلك أحد. وعليه لا يسوغ للأشخاص اللجوء إلى المحاكم لطلب بيان الرأي الصحيح منها بشأن نص قانوني دون عرض نزاع معين عليها. وإذا رفع أحدهم دعوى إلى القاضي بطلب تفسيرنص من النصوص الغامضة، فإنه لايلبي له هذا الطلب ولا ينظر في هذه الدعوى، لأنه لا يقوم بالتفسير إلا بمناسبة عرض نزاع فعلي عليه.

فبمقتضى المادة (٢) من القانون المدني إذا رفع نزاع معين إلى القاضي، عليه أن يتلمس حكم هذا النزاع في التشريع بوصفه المصدر الرسمي الأصلي للقانون. فإن لم يسعفه نص التشريع، عليه الرجوع إلى المصادر الرسمية الاحتياطية.

وإذا رجع إلى التشريع فعثر فيه على نص سليم يحكم النزاع، وجب عليه تطبيقه

---

(١) قلت أهمية التفسير التشريعي في العصر الحديث خلافاً لما كان عليه الحال في القانون الروماني وفي العصور الوسطى، إذ كان التفسير التشريعي هو الطريق الوحيد لتفسير النصوص الغامضة، وكان القاضي يوقف الفصل في النزاع المعروض عليه حتى يصدر المشرع تفسيراً لذلك التشريع، وحتى ان جوستنيان نص في مجموعته على انه :(إذا ظهر شيء غير واضح فيجب أن يحمله القاضي الى العرش الامبراطوري لكي توضحه السلطة الامبراطورية التي تملك وحدها حق وضع القوانين وتفسيرها).

وحسم النزاع به دون حاجة إلى تفسيره، وذلك وفقاً للفقرة الأولى من المادة (٢)التي تنص على أن:(تسري نصوص هذا القانون على المسائل التي تتناولها هذه النصوص بألفاظها ومعانيها ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص). فيجب عليه التقيد بالحكم الوارد في النص السليم وعدم الخروج عليه بحجة عدم عدالته .

أما إذا رجع إلى التشريع وعثر فيه على نص يحكم النزاع إلا أنه معيب يحتاج إلى إصلاح وجلاء ما به من غموض ورفع ما فيه من تعارض وتناقض وغلط مادي، فعليه القيام بهذا الإصلاح عن طريق التفسير، كما لو كان النص المعيب بالشكل التالي: (يعاقب السارق بالحبس والغرامة أو بكلتا العقوبتين)، فيصحح هذا الغلط المادي في النص بالتفسير ويجعله كالآتي: (يعاقب السارق بالحبس أو بالغرامة أو بكلتا العقوبتين).

وإذا كان المشرع لا يحدد معنى كلمة (الليل) صراحة في النص ويشدد العقوبة في حالة ارتكاب السرقة في الليل، فإن المعنى الفلكي لكلمة (الليل) هو الفترة ما بين غروب الشمس وشروقها، والمعنى الاصطلاحي لها هو اشتداد الظلام. لأن اشتداد الظلام يبث الرعب في نفوس الأفراد ويسهل ارتكاب السرقة وعدم اكتشاف الفاعل. ففي هذه الحالة قد يقوم بتفسير النص ويقرر ان قصد المشرع في كلمة (الليل) هو اشتداد الظلام بعد المغيب وقبل الشروق بفترة تنعدم فيها الرؤيا وليس الفترة ما بعد المغيب وقبل الشروق مباشرة، حيث لا تنعدم فيها الرؤيا .[1]

ويميل التفسير القضائي بطبيعته إلى الناحية العملية في استنباط الحلول. لأن القاضي ينزل إلى معترك الحياة لفض الخصومات بين الناس وإقرار الحقوق لأصحابها، وهو في هذا السبيل يتأثر إلى حد كبير في التفسير بالاعتبارات الواقعية المحيطة بالمنازعات المعروضة عليه ويعمل على أن يكون تفسيره للقانون متماشياً مع تلك الظروف، ومن أجل هذا يتأثر التفسير القضائي بالواقع و يلعب دوره الهام في تطوير القانون .

والتفسير القضائي لا يتمتع بالقوة الملزمة إلا في الدعوى التي تم فيها وبمناسبتها، فلا يلزم نفس القاضي الذي قام به في أحكامه المقبلة، كما لا يلزم المحاكم الأخرى. لأن القاضي يستخدمه فقط كوسيلة لحسم النزاع المعروض عليه، لا كفاية لإنشاء قواعد قانونية عامة ملزمة.

فهو يحدد العمل به في خصوص النزاع المعروض عليه ويقتصر إلزام ما يتوصل إليه

---

(١) علماً أن المادة (٢) من قانون العقوبات الأردني حددت معنى كلمة الليل بقولها :(ويقصد بلفظة (الليل) أو (ليلاً) الفترة التي تقع بين غروب الشمس وشروقها).

على النزاع نفسه في وقائعه وأشخاصه.

وفي المملكة الاردنية الهاشمية تنص الفقرة (١) من المادة (١٢٣) من الدستور على أن: (للديوان الخاص حق تفسير نص أي قانون لم تكن المحاكم قد فسرته ...)، وتنص الفقرة (٥) من المادة نفسها على أن :(جميع المسائل الأخرى المتعلقة بتفسير القوانين تقررها المحاكم عند وقوعها بالصورة الاعتيادية).

ويتضح لنا من ذلك ان النصوص المعيبة في الحالات الاعتيادية تقوم المحاكم بتفسيرها، وتحال في الحالات غير الاعتيادية التي تمتنع فيها المحاكم عن تطبيقها وتفسيرها إلى الديوان الخاص بتفسير القوانين من قبل رئيس مجلس الوزراء ليقوم بتفسيرها.

وبموجب المادة (٣) من القانون المدني يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد أصول الفقه الإسلامي.

ثالثاً - التفسير الفقهي:

وهو التفسير الذي يصدر من فقهاء القانون وغايته توجيه النص القانوني إلى تحقيق غرضه الاجتماعي كجزء من التنظيم القانوني بقصد الوصول إلى الحكم الذي قصده المشرع في النص من خلال تناولهم نصوص القانون بالبحث والنقد والتفسير والشرح ضمن مؤلفاتهم وبحوثهم .

والتفسير الفقهي يعد أوسع أنواع التفسير، لأنه لا يتقيد بواقعة معينة كما في التفسير القضائي الذي لا يندفع إليه القاضي إلا بمناسبة ما يعرض عليه من منازعات واقعية بهدف حسمها. فالفقيه غير مقيد بقضية واقعية معينة وإنما يتناول القواعد القانوينة بالشرح والنقد والتفسير بوجه عام دون أن تكون هناك منازعات واقعية معروضة عليه لغرض التعرف على حكم القانون فيها، عكس القاضي المعروضة عليه منازعات واقعية.

فالفقيه يستهدف استخلاص قواعد عامة ويستعين في تفسيره بقواعد المنطق السليم المجرد والبحث النظري ويتجه نحو النزعة الفلسفية أكثر من الاعتبارات العملية لتأثره بالأصول النظرية، وهذا ما يميز تفسيره عن تفسير القاضي الذي يعتمد على الناحية العملية لتأثره بالاعتبارات الواقعية . أي يعمد الفقيه في تفسيره إلى التأصيل العلمي والمنطقي ويعتمد ما يؤدي إليه هذا التأصيل من نتائج نظرية دون النتائج العملية التي يؤدي إليها تطبيق التشريع .

والتفسير لدى الفقيه غاية لتوجيه القاعدة القانونية نحو تحقيق أهدافها الاجتماعية

وليس وسيلة لحسم نزاع واقعي معين، بينما التفسير لدى القاضي لا يعدّ غاية بحد ذاته، بل وسيلة للفصل في حالة واقعية مرفوعة إليه. كما ليس للتفسير الفقهي أية صفة إلزامية، ولا يعدو أثره أن يكون عنصراً من العناصر التي تستأنس بها المحاكم عند تفسيرها للقانون دون أن تلتزم بتطبيقها. لأن الفقه لا يعدّ من المصادر الرسمية للقانون، وإنما هو من المصادر التفسيرية له، وعلى ذلك فإن المادة الثانية من القانون المدني الأردني بعد ما حددت المصادرالرسمية للقانون في فقرتها الأولى بالتشريع و أحكام الفقه الإسلامي و مبادئ الشريعة الإسلامية و العرف وقواعد العدالة، نصت في فقرتها الرابعة على ان : (٤- ويسترشد في ذلك كله بما أقره القضاء والفقه على أ ن لا يتعارض مع ما ذكر) .

فالمشرع الأردني لم يكتفِ ببيان المصادر الرسمية للقانون في هذا النص، بل عين للقاضي ما يستلهمه في استخلاص الأحكام من هذه المصادر جميعاً وعرض للمصادر التفسيرية ومصادر الاستئناس والاسترشاد، فذكر القضاء والفقه قاصداً الأردني منها والعربي والأجنبي.[1]

ومع هذا فإن القضاء كثيراً ما يتأثر بالتفسير الفقهي لاعتبارات أدبية وعلمية فيعدل عن اتجاه قضائي اتخذه سابقاً. ولذلك نستطيع أن نقول ان الفقه ساهم مساهمة كبيرة في فرنسا ومصر في تطوير القانون ووضع الكثير من المبادئ والنظريات القانونية التي يستند إليها المشرع في وضع القانون ويستند إليها القاضي في تطبيق القانون، وحتى ان الكثير من الآراء الفقهية تحولت إلى نصوص تشريعية.

رابعاً - التفسير الإداري :

وهناك من يضيف التفسير الإداري كنوع رابع للتفسير، أي التفسير الذي تقوم به السلطة التنفيذية أثناء قيامها بتنفيذ قانون معين من خلال منشورات أو تعليمات أو بيانات تصدرها إلى موظفيها في السلك الإداري ولا يتمتع بأية قوة ملزمة بالنسبة للقضاء، وإنما يكون بمثابة رأي شخصي ويقتصر إلزامه على من وجه إليه من رجال الإدارة. أي ان القضاء لا يتقيد به ويستطيع أن يحكم بخلافه.

طرق التفسير :

ذكرنا ان القاضي إما أن يجد النص السليم، فيحكم به ويحل النزاع المعروض عليه، أو قد يجد النص المعيب، فيقوم بتفسيره للوصول إلى القصد الحقيقي للمشرع بطرق التفسير المختلفة.

---

(١) راجع المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني جـ١ ص٣٧ .

فطرق التفسير هي الوسائل التي يهتدي بها المفسر في سبيل استخلاص المعاني التي يدل عليها النص التشريعي بما يطابق القصد الحقيقي للمشرع، وهذه الوسائل قد تكون داخلية أو خارجية وكما يلي :

١- طرق التفسير الداخلية :

وهي الطرق التي ينطوي عليها التشريع ذاته ويستعين بها المفسر في الحالات التي ينعدم فيها النص أو تبدو فيها نقائض أحكام القانون أو يبدو فيها التعارض بين أحكام عدد من النصوص .

فالقاضي يتلمس حكم النص بطرق التفسير الداخلية من المعاني التي ينطوي عليها التشريع نفسه. ولا يفتش عن ما ينير له السبيل ويوضح له المعنى المنشود في عناصر خارجة عن نصوصه. وأهم طرق التفسير الداخلية هي الاستنتاج بطريق القياس والاستنتاج من باب أولى والاستنتاج من مفهوم المخالفة وتقريب النصوص المتعلقة بموضوع واحد بعضها من بعض.

أ - الاستنتاج عن طريق القياس :

ويقصد بالاستنتاج عن طريق القياس إعطاء حالة غير منصوص على حكمها في القانون نفس حكم حالة أخرى ورد نص بحكمها في القانون لتماثل العلة بين الحالتين.

فمثلاً إذا كان المشرع يقرر حرمان قاتل مورثه من الميراث لاستعجال القاتل الإرث قبل أوانه عدواناً فيعامل بنقيض قصده ويمكن تطبيق هذا الحكم عن طريق القياس على حالة أخرى اذا كان المشرع لا ينص عليها وهي حرمان الموصى له من استحقاق المال الموصى به إذا قتل الموصي له لنفس العلة فالأصل هنا هو الوارث القاتل والفرع هو الموصى له القاتل والحكم هو الحرمان من الحق الذي كان ثابتاً، والعلة هي استعجال كل منهما أخذ الحق قبل أوانه بطريق غير مشروع.

ب - الاستنتاج من باب اولى :

ويقصد بالاستنتاج من باب أولى أن تكون هناك حالة منصوص على حكمها في القانون، وتكون علة هذا الحكم أكثر توافراً في حالة أخرى غير منصوص على حكمها في القانون، فينسحب الحكم في الحالة المنصوص عليها على الحالة غير المنصوص عليها من باب أولى .

فمثلاً إذا كان قانون العقوبات يعد تلبس الزوجة بالزنى عذراً محلاً يعفي الزوج من العقوبة إذا قتل زوجته المتلبسة بالزنى، فمن باب أولى أن يكون هذا الحكم هكذا إذا ضرب

الزوج زوجته المتلبسة بالزنى ضرباً مبرحاً وأصابها بجراح أو بعاهة مستديمة .

جـ - الاستنتاج من المفهوم المخالف للنص :

ويقصد بالاستنتاج من المفهوم المخالف للنص إعطاء حالة غير منصوص على حكمها في القانون حكماً مخالفاً لحالة أخرى منصوص عليها في القانون لاختلاف العلة فيهما. فهنا يفترض وجود نص في القانون يقرر حكماً لحالة خاصة ولعلة معينة ووجود حالة أخرى لم ينص على حكمها القانون وتختلف عن الحالة الأولى في العلة فيطبق بشأنها المفهوم المخالف لحكم الحالة الأولى لاختلاف العلة في الحالتين، أو لأن الحالة المنصوص عليها جزئية من جزيئات الحالة غير المنصوص عليها. ومثال ذلك أن ينص القانون على انه إذا هلك المبيع قبل التسليم انفسخ البيع واسترد المشتري الثمن. فالمفهوم المخالف لهذا الحكم هو ان هلاك المبيع بعد التسليم لا يؤدي إلى فسخ البيع و استرداد الثمن.

د - تقريب النصوص بعضها من بعض:

ويقصد بتقريب النصوص بعضها من بعض أن تجرى مقارنة النصوص وتقريبها لتدارك ما بها من نقص، فقد يكمل بعضها بعضاً أو يفسر المجمل منها أو يقيد المطلق، فالمفسر يجد النصوص الخاصة بموضوع واحد كلاً لا يتجزأ يكمل بعضها البعض الآخر، وبذلك يسهل عليه التعرف على قصد المشرع في الأحكام القانونية .

٢- طرق التفسير الخارجية:

وفضلاً عن طرق التفسير الداخلية، يستعان في تحديد معاني النصوص التشريعية بوسائل أو طرق خارجية وهي التي يهتدي بها المفسر في سبيل استخلاص المقصود بالنص استناداً إلى عناصر خارجة عن نطاق التشريع نفسه، وأهم هذه الطرق هي:

أ- الرجوع إلى الأعمال التحضيرية:

كثيراً ما يرجع المفسر إلى الأعمال التحضيرية لتفسير النصوص القانونية. ويقصد بالأعمال التحضيرية مجموعة الوثائق والمستندات التي توضح الخطوات التي مر بها النص عند وضعه وجميع الأعمال التي سبقت تشريعه، مثل مشروع النص ومحاضر المناقشات التي دارت خلال مرحلة التصويت والمناقشة في البرلمان والملاحظات التي أبدتها اللجان والهيئات المختلفة التي أسهمت في تحضيره ووضعه ودراسته، مثل اللجان الفنية والمجالس التشريعية.

فبالرجوع إلى هذه الوسائل تتضح الأسباب الموجبة لسن التشريع والنية الحقيقية للمشرع في وضعه والأهداف التي أراد تحقيقها به.

وتعتبر الأعمال التحضيرية من طرق التفسير الخارجية لأنها لا تكون جزءاً من التشريع، بل خارج النص وليست لها أية صفة رسمية . ولذلك يجب الاحتراس عند الرجوع إليها، لأنها قد تتضمن آراء فردية خاصة بأصحابها لا تتفق مع نية المشرع الحقيقة.

ب - الإستعانة بالمصادر التاريخية :

المصدر التاريخي هو المصدر الذي يستمد منه المشرع نصوص التشريع. إذ بالرجوع إلى المصدرالتاريخي في حالة النص المعيب يمكن التعرف على قصد الشارع فيه. فإذا كان مأخوذاً من قانون دولة أخرى، يكون الرجوع إلى الفقه والقضاء في تلك الدولة من العوامل المساعدة لمهمة المفسر في إيضاح المعنى المقصود بالنص. فمثلاً لما كان الكثير من مواد القانون المدني الأردني قد استمد من القانون المدني المصري، نجد ان القضاة والفقهاء في الأردن كثيراً ما يرجعون إلى أحكام المحاكم وأقوال الفقهاء في مصر عند تفسير نصوص القانون المدني.

فمن أهم المصادر التاريخية للتشريع الأردني في الأحوال الشخصية، أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية، والتشريع المصري فيما يتعلق بقواعد المعاملات، والقانون التركي والفرنسي في المسائل التجارية، لذلك يجب الرجوع إلى المصدرالتاريخي كلما استعصى الحل على المفسر. أي الرجوع إلى أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية بالنسبة لمسائل الأحوال الشخصية، وإلى التشريع المصري لمعرفة أصل القواعد المأخوذة منها بالنسبة للمعاملات، وإلى القانون التركي والفرنسي بالنسبة للمسائل التجارية .

جـ - حكمة التشريع :

ولكي يصل المفسر إلى توضيح معنى النص الغامض يجب عليه أن يستأنس بحكمة التشريع أو بالفكرة الأساسية التي دفعت المشرع إلى القيام بسن هذا النص، وفي ضوء هذه الفكرة أو الغرض يفسر المفسر النص، كالرجوع إلى حكمة تشديد العقاب في جريمة السرقة المرتكبة أثناء الليل لمعرفة قصد الشارع من لفظ (الليل) أهو الليل بالمعنى الاصطلاحي، أم الليل بالمعنى الفلكي عندما لا يحدد المشرع معنى كلمة (الليل) صراحة في النص الذي يشدد عقوبة السرقة المرتكبة في الليل؟.

فبالبحث عن حكمة تشديد عقوبة السارق الذي يرتكب جريمة السرقة في الليل قد يظهر أن حكمة التشديد هي ما يخلفه الظلام من تشجيع وتسهيل للسارق في إتمام جريمته

ومن ثم هروبه بكل سهولة من جهة ، وبذر الرهبة في نفس المجنى عليه من جهة أخرى، وعندئذٍ يتحدد قصد المشرع بـ(جنح الظلام) الذي يحصل لا بعد المغيب وقبل الشروق مباشرة، بل بفترة تنعدم فيها الرؤيا، لأن الظلام لا يبدأ فور غروب الشمس ولا يستمر حتى شروقها، بل يقتطع منه الوقت الذي يبقى الكون فيه غير مظلم، أي فترة الغسق وفترة الغروب .[1]

المبحث السادس

إلغاء التشريع

الأصل ان القاعدة القانونية إذا صدرت صحيحة وأصبحت نافذة تظل سارية ويعمل بها إلى أن تُلغى. فالتطورات المختلفة في الحياة قد تؤدي إلى عدم تجاوب القانون الذي إصدرته السلطة التشريعية مع الشعور العام لدى المواطنين في الدولة، ولهذا تتعرض القوانين للتغيير بالتبديل والتعديل والإلغاء. فحكمة الإلغاء هي انتفاء المصلحة من العمل بتشريع معين، لأن التشريع يهدف إلى تحقيق المصالح. فإذا ثبت ان المصالح لا تتحقق في ظل تشريع معين، يعمد المشرع إلى إلغائه ونسخه. والإلغاء لا يقتصر على القانون المكتوب الذي يستمد قوته من التشريع فقط، بل قد يمتد إلى القواعد القانونية الأخرى كالعرف، ولكن أهمية الإلغاء العملية لا تبرز إلا بالنسبة للتشريع[2].

فإلغاء التشريع إذن هو (إنهاء سريانه ووقف العمل به نهائياً بتجريده من القوة الملزمة له، إما بإحلال تشريع آخر محله، أو بالاستغناء عن الموضوع الذي ينظمه وإبطال مفعوله نهائياً دون إحلال تشريع آخر محله)، وحينذاك لا يتعين على الأشخاص اتباعه ولا يطبق القاضي أحكامه. وهكذا يولد التشريع ويحيا ويموت.

ولقد شاهدنا ميلاد القانون عند دراسة سن التشريع، ثم شاهدنا حياته عند دراسة تطبيقه وتفسيره، والآن نشاهد موته بالإلغاء من خلال تجريده من عنصر الإلزام الذي بدونه يغدو كجسد بلا روح.

والتشريع لا يلغيه إلا تشريع آخر مثله في القوة والمرتبة أو أعلى منه. فالتشريع الفرعي يُلغى بتشريع فرعي آخر مثله أو بتشريع عادي أو بتشريع أساسي، والتشريع

---

(١) وكما ذكرنا سابقاً ان المادة الثانية من قانون العقوبات الاردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ قد حدد معنى كلمة (الليل) بقولها :(ويقصد بلفظي (الليل) أو (ليلاً) الفترة التي تقع بين غروب الشمس وشروقها)

(٢) أنظر الأستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير --المرجع السابق-- ص١٢٩.

العادي يُلغى بتشريع عادي آخر مثله أو بتشريع أساسي، ولهذا تنص المادة (٥) من القانون المدني الأردني على أنه (لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع).

أما التشريع الأساسي، فلا يلغيه إلا تشريع أساسي آخر تصدره الهيئة التي لها حق إصداره طبقاً للإجراءآت التي يقررها الدستور نفسه، أو يلغيه الشعب بوصفه مصدراً لجميع السلطات في الدولة وذلك بالاستفتاء المباشر.

فالأصل إذن أن التشريع الأعلى يلغي التشريع الأدنى، ولكن لا يجوز العكس. والإلغاء إما أن يكون صريحاً أو ضمنياً وكالآتي:-

١- **الإلغاء الصريح:**

وهو الإلغاء الذي يفهم بمجرد قراءة عبارة النص دون حاجة إلى الاستنتاج لورود نص صريح به في تشريع جديد لاحق. لأنه كما ذكرنا تتعرض التشريعات الوضعية للتغيير بالتبديل والتعديل والإلغاء بحسب متطلبات حاجات الجماعة وظروف تطورها، فيجد المشرع بمرور الزمان ان التشريع الذي سبق أن وضعه لتنظيم ناحية من نواحي الحياة قاصر عن تحقيق غايته الاجتماعية أو يلاحظ انه لم يعد يلائم ظروف الجماعة، فيقوم عندئذٍ بإلغاء هذا التشريع، ولا يشترط في هذه الحالة أن يشتمل النص اللاحق على بديل للنص السابق، بل قد يقتصر النص الجديد اللاحق على إلغاء النص السابق فقط، فيعود الأمر فيه إلى الإباحة الأصلية، ولهذا يتحقق الإلغاء الصريح في الحالات الآتية:-

أ- إذا صدر تشريع جديد لاحق يلغي تشريعاً سابقاً بنص صريح دون إحلال تشريع آخر محله، ومثال ذلك (قانون إلغاء القوانين العشائرية رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦) الذي نصت المادة (٢) منه على إلغاء قانون محاكم العشائر لسنة ١٩٣٦ وقانون الإشراف على البدو لسنة ١٩٣٦ دون إحلال قانون آخر محلهما.

ب- إذا صدر تشريع جديد لاحق ينص صراحة على إلغاء تشريع أو تشريعات سابقة وإحلال نفسه محلها. فمثلاً عندما صدر قانون الأحوال المدنية رقم ٤ لسنة ١٩٧٣أحل نفسه محل عدة قوانين سابقة أعتبرت ملغية وفقاً للمادة(٦١) منه التي نصت على أن: (يلغي هذا القانون: قانون النفوس العثماني الصادر بتاريخ ١٣ أغسطس سنة ١٣٣١هـ و قانون الأحوال المدنية رقم ٣٢لسنة ١٩٦٦ و أي تشريع أردني أو فلسطيني سابق إلى المدى الذي تتعارض فيه أحكامه مع أحكام هذا القانون).

جـ- إذا صدر تشريع جديد ينص صراحة على تحديد مدة معينة لسريانه، وانقضت تلك المدة دون تمديدها، كما في التشريعات التي تصدر عادة إبان الحروب، مثل قانون إعلان حالة الطوارئ، وقانون التسعيرة الجبرية لأسعار بعض المواد في ظل ظروف اقتصادية معينة[1].

٢- الإلغاء الضمني:

وهو الإلغاء الذي لا يفهم بمجرد قراءة عبارة النص لعدم تصريح المشرع به بنص صريح، وإنما يستنتج إما من تعارض أحكام تشريع جديد لاحق مع أحكام تشريع سابق، أو من تنظيم المشرع من جديد لموضوع سبق أن نظمه بقانون دون أن ينص في التشريع الجديداللاحق على إلغاء التشريع السابق ويتحقق ذلك في الحالتين الآتيتين:-

أ- أن يصدر تشريع جديد لاحق لا ينص صراحة على إلغاء تشريع سابق معين وإنما ينص على إلغاء كل نص آخر يتعارض مع أحكامه في التشريعات القائمة تعارضاً جزئياً أو كلياً. فإذا لم يمكن التوفيق بين الحكمين، يتعذر تطبيقهما جنباً إلى جنب في وقت واحد، ويعد عندئذٍ حكم التشريع الجديد اللاحق ناسخاً لحكم التشريع السابق في حدود الأحكام المتعارضة فقط في حالة التعارض الجزئي. أي يقتصر الإلغاء في هذه الحالة على رفع وإلغاء القدر المتعارض من أحكام القانون السابق مع أحكام القانون الجديد اللاحق وفيما عدا هذا القدر يستمر العمل بما تبقى من الأحكام في التشريع القديم مع التشريع الجديد اللاحق جنباً إلى جنب، وهو ما يعبر عنه بـ(الإلغاء الجزئي). فمثلاً عندما صدر قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ نصت المادة (٢٣) منه على أن: (يلغي هذا القانون أي تشريع عثماني أردني أو فلسطيني سابق لنشره في الجريدة الرسمية إلى المدى الذي تتعارض أحكام تلك التشاريع مع أحكامه).

فبهذا النص الصريح ألغيت كافة أحكام قانون جنسية شرق الأردن لسنة ١٩٢٨ وتعديلاته لتعارضها مع أحكام القانون الجديد عدا المادة (٦/ب) منه التي يرى البعض انها لاتزال سارية المفعول لعدم تعارضها مع أحكام القانون الجديد.

أما إذا جاء التعارض بين التشريعين كلياً بشكل يستحيل معه الجمع بينهما، فإن التشريع الجديد اللاحق يعد ناسخاً للتشريع السابق. ونظرية الناسخ والمنسوخ معروفة

---

(١) ومثال ذلك قانون تطهير الجهاز القضائي رقم (١) لسنة ١٩٥٨م الذي صدر في العراق وكانت المادة (٥) منه تنص على أن تكون مدة نفاذه ستة أشهر إعتباراً من تاريخ نشره في الجريدة الرسمية.

في القرآن الكريم[1] وهي نظرية معقولة، لأنه ما دام المشرع قد سن حكماً جديداً يناقض حكمه القديم، فإن ذلك يعني انه قصد إلغاء حكمه السابق ضمناً. فإذا تعارض تشريعان ووجب الإعتداد بأحدهما وإهدار الآخر، من البديهي أن يُعتمد حكم التشريع الجديد اللاحق ويُهدر حكم التشريع السابق، على أساس ان التشريع الجديد اللاحق هو الإرادة الأخيرة للمشرع، فتنسخ إرادته السابقة وتكون العبرة بما أورده حديثاً من نصوص.

والجدير بالذكر ان التعارض بين أحكام تشريعين لا يفيد دائماً إلغاء النص السابق بالنص اللاحق إلا إذا كان كلاهما من نوع أو صنف واحد، كأن يكون كلاهما من الحكم الخاص أو العام. أما إذا اختلفا بأن كان الحكم اللاحق خاصاً والحكم السابق عاماً، فإن الحكم الخاص اللاحق لا ينسخ الحكم العام السابق كلياً وإنما يظل الحكم الخاص اللاحق قائماً كاستثناء من الحكم العام السابق وناسخاً لما جاء بتخصيصه فقط. فمثلاً إذا كان الحكم العام القائم ينص على انتقال الملكية في العقار والمنقول بمجرد الاتفاق، ثم صدر قانون لاحق يجعل الملكية لا تنتقل في العقار إلا بالتسجيل وليس بمجرد الاتفاق، فيظل الحكم العام السابق سارياً فيما يتعلق بنقل ملكية غير العقار، أي المنقول. وهكذا فإن الحكم الخاص يقيد الحكم العام لاحقاً كان أم سابقاً عليه . فإذا كان الحكم الخاص سابقاً للحكم العام اعتبر الخاص استثناء من العام، وإذا ورد بعده كان مقيداً له ويطبق الخاص عند تعارضه مع العام[2].

أما إذا كان التعارض بين الحكم الخاص السابق والحكم العام اللاحق، فإن الحكم

---

(١) راعى التشريع الإسلامي تحقيق المصالح ودرء المفاسد. وفي مراعاة هذه المصالح وإتباع مسالك التدرج نجد بعض الأحكام بعد مدة من تشريعها تنسخ ويستبدل بها حكم آخر تحقيقاً لمصلحة أتم وأكمل. فمن هذا: إن عدة المتوفى عنها زوجها كانت في أول الأمر عاماً كاملاً مع وجوب الوصية لها بالسكن والنفقة وورد هذا الحكم بقول الله تعالى في الآية ٢٤٠ من سورة البقرة (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً، وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج). ثم نسخ هذا الحكم بقول الله تعالى في الآية ٢٣٤ من سورة البقرة (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً، يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً) وبآيات المواريث التي أعطت لها ربع التركة أو ثمنها.

ومن هذا حكم الزنى، إذ كان في بادئ الأمر الحبس لقوله تعالى في الآية ١٥ من سورة النساء (واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم، فإن شهدوا فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلاً)، ثم نسخ الإمساك في البيوت والإيذاء بقول الله تعالى في الآية الثانية من سورة النور (الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر، وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين). فالقرآن ينسخ القرآن والسنة تنسخ السنة وأختلف في نسخ القرآن بالسنة ونسخ السنة بالقرآن، فأجازه بعض الأئمة ومنعه آخرون. فمثلاً على رأي من أجاز نسخ القرآن بالسنة من العلماء أن قول الرسول (صلعم) (لا وصية لوارث) نسخ الوصية للوارث في قوله تعالى: (كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت أن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين).

(٢) عدل عليا ٩٥/٢٤١، مجلة نقابة المحامين، السنة الرابعة والأربعون- العددان الرابع والخامس، نيسان وأيار ١٩٩٦ ص٧٨١.

العام اللاحق لا ينسخ الحكم الخاص السابق، ولا يعدّ استثناء من حكمه [1]. لأن الحكم الخاص لا يلغيه إلا حكم خاص مثله. فمثلاً تنص المادة (٩) من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين رقم ٨ لسنة ١٩٤١ على أن: (المحاكم البدائية ومجالس الطوائف الدينية التي لها الصلاحية في مسائل الوراثة تقرر في جميع الأحوال حقوق وراثة الأموال غير المنقولة الواقعة في شرق الأردن بمقتضى أحكام قوانين شرق الأردن المطبقة على المسلمين فيما يختص بمثل هذه الوراثة ...).

فالحكم الخاص هذا يقضي بتطبيق أحكام القوانين الأردنية المطبقة على المسلمين فيما يتعلق بحقوق وراثة الأموال غير المنقولة للأجنبي الواقعة في الأردن، بينما جاءت المادة (١/١٨) من القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٧ بحكم عام ينص على أن: (١- يسري على الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون المورث والموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته).

فالحكم العام اللاحق الوارد في المادة (١/١٨) من القانون المدني لا يلغي ولا يقيد الحكم الخاص السابق الوارد في المادة (٩) من قانون التركات للأجانب وغير المسلمين الآنف الذكر، ويبقى سارياً كاستثناء من الحكم العام اللاحق الوارد في المادة (١/١٨) من القانون المدني الآنف الذكر [2].

ب- ويتحقق الإلغاء الضمني أيضاً إذا أعاد المشرع في التشريع اللاحق تنظيم كل الموضوع الذي نظمه بتشريع سابق دون أن ينص في التشريع اللاحق على إلغاء التشريع السابق، فتحل قواعد التشريع الجديد اللاحق محل جميع قواعد التشريع السابق في هذه الحالة. لأن إعادة تنظيم كل الموضوع السابق بتشريع لاحق يعني أن المشرع قصد الرجوع عن التنظيم السابق ويكون منسوخاً جملة وتفصيلاً وإن لم ينص المشرع صراحة في التشريع اللاحق على هذا الإلغاء للتشريع السابق.

---

(١) وهنا تجدر الإشارة إلى أن محكمة التمييز الأردنية ذهبت في قرار لها إلى عكس هذا المبدأ القانوني عندما قضت بأنه إذا تعارض القانون العام مع الخاص وكان العام قد صدر قبل الخاص عد الخاص استثناء من العام وإذا صدر العام بعد الخاص اعتبر معدلاً للخاص، ونحن لا نقرها على هذا الخطأ في الشق الثاني من قرارها. (تمييز حقوق ٩٥/٥٦٠ مجلة المحامين- العدد الخامس، أيار ١٩٧٧، السنة الخامسة والأربعون، ص١٩٣٧).

(٢) انظر مؤلفنا المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني -المرجع السابق- ص٢١٩ ومؤلفنا القانون الدولي الخاص الأردني -الكتاب الأول- تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية - مطبعة الروزنا -إربد/١٩٩٦- ص١٦١.

الباب الثاني
نظرية الحـــق

تأتي دراسة نظرية الحق عادة في أعقاب دراسة نظرية القانون على أساس ان المدخل إلى علم القانون يرتكز على محورين أساسيين هما(القانون)و (الحق).

والحق هو الرابطة التي يهدف القانون إلى تنظيمها. فالقانون في تنظيمه لعلاقات الأشخاص، إنما يفعل ذلك عن طريق تحديد سلطة كل واحد منهم أو مصلحته إزاء الآخرين وتغليب وترجيح بعض هذه المصالح على بعضها الآخر ووضع أصحابها في مركز ممتاز بالنسبة إلى غيرهم من الأشخاص عن طريق تحديد حقوق وواجبات كل شخص ومنع التعارض بين هذه الحقوق والواجبات، وبيان ما هو جدير منها بالحماية، كحق الملكية.

فإذا وجد القانون وجِد الحق، ولايمكن تصور الحق بغير القانون، كما لا يمكن تصور وجود حق في المجتمع المنظم لا يقره القانون ويحميه. لأن الحقوق تتفرع عن القانون، والقانون لا يقوم إلا ليقرر الحقوق والواجبات ويحميها. فتقرير الحقوق وفرض الواجبات هو وسيلة القانون في تنظيم الروابط الاجتماعية في المجتمع.

وبناء على هذه الصلة الوثيقة بين القانون والحق يجب إلحاق دراسة الحق بدراسة القانون، بطريقة وسط تُجنب التفصيل الممل أو الإيجاز المخل، بحيث لا تحول هذه الدراسة إلى ما يقرب من دراسة القانون المدني وقانون البينات، على خلاف ما سلكه بعض الباحثين الذين حولوا دراستهم في بحث نظرية الحق إلى دراسة للقانون المدني ووسائل الإثبات. ولهذا راعينا في شرح نظرية الحق إعانة الطالب في فهم واستيعاب هذا المساق بيسر ودقة وإعطائه صورة واضحة عنه، ليصبح بحق مدخلاً إلى علم القانون لا شرحاً للقانون المدني وقانون البينات. حيث سنعرف الحق في هذا الباب ونشرح أنواعه وأركانه ومصادره وطرق اكتسابه وزواله، بشيء من الإفاضة ووفقاً للترتيب التالي:-

الفصل الأول : في التعريف بالحق وبيان أنواعه.

الفصل الثاني : في أركان الحق .

الفصل الثالث : في مصادر الحق .

الفصل الرابع : في استعمال الحق وإثباته .

الفصل الأول

التعريف بالحق وبيان انواعه

ذكرنا ان القانون يقيم النظام في المجتمع ويحكم سلوك الأشخاص وروابطهم الاجتماعية، وتتولى الدولة إجبارهم على اتباعه بالقوة عند الاقتضاء. فالقانون يعمل للتوفيق بين المصالح المتعارضة في المجتمع وسبيله للوصول إلى هذا الهدف هو أن يوضح لكل شخص في المجتمع ما له وما عليه من حقوق وواجبات. وهو عندما يقرر حقاً لشخص، يقرر واجباً على شخص آخر. فالحق والواجب وجهان لعلاقة قانونية واحدة ويستتبع وجود أحدهما وجود الآخر، لأنهما فكرتان متلازمتان في التنظيم القانوني توضح إحداهما الأخرى، ولا يوجد هناك حق أو واجب إلا بمقتضى القانون. وكما ان القانون لا يوجد إلا في الجماعة، فإن الحقوق لا توجد أيضاً إلا في الجماعة، مما يقتضي البحث في أمرين هامين ابتداء، هما: التعريف بالحق، وأنواع الحق في المبحثين التاليين وكالآتي:

المبحث الاول

تعريف الحق

اختلف الفقهاء حول تعريف الحق والمقصود منه، ويمكن أن نجمع وجهات النظر المختلفة في أربع نظريات هي :-

١- النظرية الشخصية (نظرية الإرادة)[١] :

ينظرأنصار النظرية الشخصية (نظرية الإرادة) في تعريف الحق إلى شخص صاحبه، فيعرفون الحق بأنه(قدرة أو سلطة إرادية يخولها القانون لشخص من الأشخاص في نطاق معلوم، يكون له بمقتضاها استعمال واستغلال محل الحق والتصرف فيه في حدود القانون). وهكذا يعتبر حق الملكية سلطة إرادية لشخص(صاحب الحق) على شيء يستطيع بمقتضاها أن يستعمل هذا الشيء ويستغله ويتصرف فيه.

فجوهر الحق في هذا التعريف هو القدرة الإرادية التي تثبت لصاحب الحق، أي إرادة الشخص. ذلك لأن هذه النظرية تعتبر الفرد وحماية حقوقه هو الهدف من كل تنظيم قانوني، وانه يولد وله حقوق يكتسبها من الطبيعة ويتمتع بها قبل وجود القانون، ولا يسع القانون

---

(١) سادت هذه النظرية الفردية في القرن الثامن عشر وأوائل القرن التاسع عشر وأسس أنصارها وظيفة الدولة على فكرة (الدولة الحارسة)، ومن أبرز انصارها الفقيه الألماني(سافيني).

إلا الاعتراف بها. فالحق أسبق في الوجود من القانون، وان القانون لم يوجد إلا لحماية الحقوق وتمكين الأشخاص من التمتع بها، ولا يتأتى هذا إلا حين يحترم كل شخص حقوق الآخرين ويرعاها.[1] وبهذا الاعتبار تتصل هذه النظرية بمبدأ سلطان الإرادة الذي يتمتع بقدرة إنشاء الحقوق وتعديلها وإنهائها.

وعلى هذا فإن العنصر الأساس في الحق هو إرادة الشخص وحاجة هذه الإرادة لنطاق تلعب فيه دورها بحرية، وكل ذلك نتيجة لتطور الاتجاه الفردي في مهمة القانون الرامية إلى تحقيق الانسجام بين الإرادات الفردية المتعارضة [2]. فليس القانون هو أساس الحق، بل الحق هو أساس القانون . لأن وظيفة القانون ليست إنشاء الحقوق الفردية، بل حماية هذه الحقوق والمحافظة عليها وتمكين الأشخاص من التمتع بها[3].

وقد تعرضت هذه النظرية للانتقاد، على أساس انه من الخطأ ربط وجود الحق بالإرادة. لأن القول بان الحق قدرة إرادية معناه ضرورة وجود الإرادة لدى كل من يكتسب حقاً، في حين قد يُكتسب الحق دون أن توجد الإرادة لدى صاحبه. فعديم الأهلية، كالمجنون والصبي غير المميز مثلاً يكتسب حقوقاً كالعقلاء والبالغين سواء بسواء. كما يمكن أن يثبت الحق للشخص دون علمه ودون تدخل إرادته، كالمفقود والغائب والوارث الذي ينشأ له الحق في التركة بمجرد وفاة المورث ودون تدخل من إرادته، وحتى الجنين قد يصبح صاحب حق هو الآخر حين يرث مالاً أو يكتسب وصية[4].

وقيل أيضاً ان تعريف الحق بأنه قدرة إرادية، يؤدي إلى الخلط بين وجود الحق واستعماله، أو بين الحق ومباشرته. فالحق يثبت ولو بدون تدخل الإرادة، أما استعمال الحق فلا يأتي إلا عن طريق الإرادة. فعديم الإرادة تثبت له الحقوق ولكنه لا يستطيع مباشرتها، ولهذا يقرر القانون تعين ولي أو وصي له لكي يباشرها نيابة عنه.

وقيل أيضاً ان الأخذ بالنظرية الشخصية يجعل من المتعذر الاعتراف بالأشخاص الحكمية. لأنه إذا كانت لهذه الأشخاص إرادة، فإنها ليست حقيقية، وبالتالي يكون من العسير وفقاً لهذا التصور القول بأن لها حقوقاً[5].

---

(١) انظر الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص ٢٥٩.

(٢) انظر الدكتور ثروت أنيس الأسيوطي-مبادئ القانون (الحق)- القاهرة/ ١٩٧٤-ص١٢.

(٣) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق- ص٢٨.

(٤) انظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبو ن- المرجع السابق - ص ١٢١ والدكتور اسماعيل غانم-محاضرات في النظرية العامة للحق- الطبعة الثانية- القاهرة/١٩٥٨-ص١٠ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك-المرجع السابق-ص٢٥٧.

(٥) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير-المرجع السابق- ص٢٢٢ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك -المرجع السابق- ص٢٦٠.

٢- النظرية الموضوعية (نظرية المصلحة):

أما الذين ذهبوا إلى تعريف الحق من زاوية موضوعية، فهم أنصار النظرية الموضوعية (نظرية المصلحة) وعلى رأسهم الفقيه الألماني (اهرنج) الذي لم ينظر في تعريفه للحق إلى شخص صاحب الحق، بل إلى موضوعه والغاية منه، ولهذا عرف الحق بأنه (مصلحة يحميها القانون).لأنه لاحظ ان الحق يثبت لذوي الإرادة ولعديمي الأهلية على حد سواء. فالعبرة إذن ليست بالإرادة التي تنشط أو تسود، وإنما بغاية الإرادة. أي الغرض الذي نشطت من أجله. فحين تنشط إرادة الوصي أو الولي للقيام بعمل لمصلحة الصغير، فإن الحق يثبت لهذا الصغير. إذن المصلحة هي جوهر الحق، سواء أكانت (مادية) أم (معنوية). فهي حقوق، والقانون يقرر حماية هذه الحقوق[1]، ولهذا عرف (سيمون Salamond) الحق بأنه (مصلحة معترف بها ومحمية بقاعدة من قواعد القانون، أو انها كل مصلحة يكون احترامها واجباً، والإخلال بها خطيئة)[2].

وقد أنتقدت هذه النظرية أيضاً على أساس انها تعرف الحق بهدفه والغاية منه وهي (المصلحة)، ومن الخطأ تعريف الحق بالغاية منه، إذ لا ينبغي الخلط بين الحق وغايته (المصلحة). لأن الحق ما هو إلا وسيلة لتحقيق المصلحة، وهذا يستتبع بالضرورة أن يكون الحق شيئاً آخر غير الغاية منه[3].

وقيل أيضاً ان النظرية الموضوعية تجعل من الحماية القانونية (الدعوى) العنصر الثاني للحق. فعنصر الحماية إذن فيصل وجود الحق أو عدم وجوده رغم ان الحماية هي نتيجة للتسليم بوجود الحق وتالية لقيامه. فهي تأتي بعد أن يوجد الحق، والقانون لا يحمي الحق إلا إذا كان موجوداً، وبالتالي لا يمكن اعتبار الدعوى عنصراً أو ركناً من أركان الحق، وإنما هي وسيلة لحمايته تأتي بعد نشوئه ووجوده. فالحق ليس هكذا لأن القانون يحميه، بل الصحيح هو ان القانون يحميه لأنه موجود [4].

٣- النظرية المختلطة:

يبرز أنصار هذه النظرية في تعريفهم للحق أمرين هما : الإرادة والمصلحة، وبذلك يجمعون بين النظريتين السابقتين ويذهبون إلى أن الحق إذا كان سلطة إرادية، فهو في

---

(١) انظر الدكتور جميل الشرقاوي-دروس في أصول القانون- الكتاب الثاني- نظرية الحق- القاهرة/١٩٦٦-ص١٨ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق-ص٢٢٢.

(٢) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق-ص٢٧٨.

(٣) انظر الدكتور توفيق حسن فرج- المدخل للعلوم القانونية-بيروت/ ١٩٧٥ -ص٤٥١.

(٤) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق-ص٢٢٤ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- المرجع السابق - ص ٢٦١.

الوقت نفسه مصلحة محمية. أي انهم جمعوا بين عنصر الإراد وعنصر المصلحة ولذلك يمكن أن توجه إلى نظريتهم نفس الانتقادات الموجهة إلى النظريتين السابقتين. فالحق ليس هو الإرادة ، لأن الحق قد يثبت للشخص دون تدخل من إرادته، و هو ليس المصلحة، لأن المصلحة ليست جوهراً للحق بل غايته، وهو ليس هذا وذاك معاً"[1]. كما اختلف أنصار هذه النظرية فيما بينهم بشأن ترجيح الإرادة أو المصلحة"[2].

٤- النظرية الحديثة (نظرية دابان) :

عرف الفقيه البلجيكي (دابان Dabin) صاحب النظرية الحديثة الحق بأنه (ميزة يمنحها القانون لشخص ما ويحميها له بوسائل قانونية، وبمقتضاها يتصرف الشخص في مال أقر القانون استئثاره به وتسلطه عليه بصفته مالكاً له أو مستحقاً له في ذمة الغير)"[3]. فعناصر الحق بموجب هذا التعريف هي الاستئثار بمال أو قيمة معينة و تسلط صاحب الحق عليه ثم لزوم وجود آخرين يحترمون هذا الحق ثم الحماية القانونية لهذا الحق وكالآتي :-

أ- الاستئثار بمال أو قيمة معينة: أي اختصاص شخص دون سائر الناس وعلى سبيل الانفراد بمال معين أو بقيمة معينة، بحيث يتيح له ذلك بأن يقول ان هذا المال مالي."[4]

ب- تسلط صاحب الحق: أي قدرة صاحب الحق على التصرف في الشيء موضوع الحق بحرية وبالكيفية والحدود التي رسمها القانون.

جـ- لزوم وجود آخرين يحترمون هذا الحق: ذلك لأن الحق وإن كان ميزة لصاحبه، إلا أنه يقتضي في الوقت ذاته وجود شخص أو أكثر يسري الحق في مواجهتهم ولا يعترضونه في ذلك. فمضمون هذا العنصر من عناصر الحق هو ان جميع الناس، ملزمون باحترام هذا الحق. فإذا وقع العدوان عليه من الغير كان لصاحبه أن يدفع هذا العدوان بالقانون عن طريق القضاء.

د- الحماية القانونية: الحق لا يكتمل إلا إذا تكفل القانون بحمايته. فالدعوى القضائية يرسمها القانون لتحقيق هذه الحماية، لأن صاحب الحق لا يستطيع حماية حقه بنفسه، بل لا بد من تدخل السلطة العامة لحمايته.

والتعريف الذي نراه صحيحاً هو ان (الحق اختصاص يقره القانون ويحميه لشخص

---

(١) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق-ص٢٢٤ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- المرجع السابق-ص٢٦١.

(٢) انظر الدكتور عبد المنعم البدراوي- المدخل للعلوم القانونية-دار النهضة العربية بيروت/١٩٦٦-ص٤٤٤.

(٣) انظر الدكتور عبد الحي حجازي- المدخل لدراسة العلوم القانونية- الجزء الثاني- الحق-/ ١٩٧٠-ص١٠٩، والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق- ص ٢٢٤.

(٤) انظر الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- المرجع السابق-ص ٢٦١.

يخوله فيه دون سائر الناس الاستئثار والتسلط على شيء أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر)[1].

فإذا اشترى أحدهم سيارة من آخر يعد هذا المشتري مالكاً لحق ملكية هذه السيارة، ويلزم القانون الناس جميعاً بواجب احترام هذا الحق. وهكذا يُنشئ القانون مركزاً ممتازاً ينفرد به صاحب هذه السيارة يخوله فيه استعمالها والانتفاع بها والتصرف فيها بحرية على سبيل الانفراد والاستئثار دون غيره، ويفرض على الناس كافة قيوداً تقابل هذا المركز تتمثل في وجوب احترام هذا الحق وعدم التعرض لصاحبه عند تصرفه فيه.

فمضمون هذا الحق إذن هو عدم جواز التعرض لحق المشتري في التصرف في السيارة التي اشتراها. أما موضوع هذا الحق، فهو السيارة ذاتها، وأما سند الحق، فهو الشراء الذي نقلت به ملكية السيارة من البائع إلى هذا المشتري صاحب الحق [2].

المبحث الثاني
انواع الحـق

تُصنف الحقوق بصورة عامة إلى: (حقوق دولية) و (حقوق داخلية). وتُصنف الحقوق الداخلية بدورها إلى (حقوق سياسية أو دستورية) و (حقوق مدنية أو غير سياسية). وسنشرح كل صنف من هذه الأصناف في مطلب خاص.

المطلب الأول
الحقوق الدولية

وهي الحقوق التي يقررها القانون الدولي العام لأشخاصه ، (الدول والمنظمات والهيئات الدولية والإقليمية) بهدف تمكينها من القيام بنشاطها داخل الأسرة الدولية، كحق الدولة في العيش بحرية واستقلال وأمان في الداخل والخارج، وحقها في السيادة على إقليمها ورعاياها وسلامة حدودها وعدم التدخل في شؤونها الداخلية، وحقها في التبادل

---

(١) لم يعرف القانون المدني الأردني الحق، وانما بعد ان نص في المادة (٦١) منه على ان الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر. ونص في المادة (٦٣)منه على ان: (الاضطرار لا يبطل حق الغير)، ثم عالج نظرية التعسف في استعمال الحق في المادة(٦٦) منه التي تنص على ان:(١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع ٢- ويكون استعمال الحق غير مشروع :أ- إذا توفر قصد التعدي ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة جـ- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر د-إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة)، ثم صنف الحق في المادة (٦٧) منه الى حق شخصي وحق عيني وحق معنوي ، ثم تطرق في المواد (٧٢-٨٦) الى إثبات الحق.

(٢) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق-ص٢٨.

الدبلوماسي والقنصلي وإبرام الاتفاقيات الدولية، وممارسة الملاحة الجوية والبحرية، والاشتراك في المؤتمرات الدولية، والاستفادة من المنظمات الدولية عند الحاجة، كالأمم المتحدة ووكالاتها المتخصصة ومجلس الأمن ومحكمة العدل الدولية،[1] واستغلال مواردها وثرواتها الطبيعية من أجل شعبها ... إلخ[2].

المطلب الثاني
الحقوق الداخلية

وهي الحقوق التي تقررها القوانين الداخلية للفرد بصفته عضواً في المجتمع، وتصنف بدورها إلى صنفين رئيسيين هما : (الحقوق السياسية أو الدستورية) و (الحقوق المدنية أو غير السياسية) .

الفرع الأول
الحقوق السياسية او الدستورية

وتسمى الحقوق السياسية بالحقوق الدستورية أيضاً لأنها تتقرر للفرد بفروع القانون العام، و خاصة القانون الدستوري والقانون الإداري بصفته عضواً رسمياً في الجماعة السياسية للدولة بغية تمكينه من الإسهام في الحياة السياسية للجماعة والاشتراك في حكم وإدارة البلاد وتتطلب فيمن يتمتع بها صفة المواطنة، كحق الانتخاب[3] والترشيح للهيئات النيابية والإدارية والمجالس البلدية والقروية والنقابات المهنية وتولي المناصب والوظائف

---

(١) انظر مؤلفنا – المدخل الى علم القانون وخاصة الأردني–المرجع السابق–ص٢٠٢.

(٢) لقد اكدت الاتفاقية الدولية لحقوق الانسان الاقتصادية والاجتماعية والثقافية(حق وحرية كل الشعوب، تحقيقاً لاغراضها، في التصرف بثرواتها الطبيعية واستغلالها دون اضرار بأي من التزاماتها الناجمة عن التعاون الاقتصادي الدولي المؤسس على مبدأ المنافع المتبادلة والقانون الدولي وفي كل الأحوال لا يجوز أن يحرم شعب ما من وسائل معيشته الخاصة). وجاء في قرار للجمعية العمومية للأمم المتحدة بتاريخ ١٩٥٢/١٢/٢١(ان حق الشعوب في حرية استعمال واستغلال ثرواتها الطبيعية هو حق لصيق بسيادتها). ووافقت الجمعية العمومية دون صوت واحد معارض في ١٩٦٠/١/١٤ على الاعلان الخاص بمنح الاستقلال للاقطار والشعوب المستعمرة وتصفية الإستعمار مؤكدة حق الشعوب في التصرف بحرية في ثرواتها الطبيعية تحقيقاً لغاياتها الخاصة. وأكد قرارها رقم ١٥١٤(الدورة ١٥) لعام ١٩٦٢ حق الشعوب والأمم في السيادة الدائمة على ثرواتها ومواردها الطبيعية .... الخ(انظر مؤلفنا القانون الدولي الخاص– والجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي –المرجع السابق– ص ٢٤٦ ومجلة (الهدف، العدالة) العدد الخاص لمكتب الأمم المتحدة للاعلام. كانون الأول/١٩٧٠ الصفحة الأخيرة، وتأميم النفط والقانون الدولي المعاصر– للدكتور محمد الدوري – مجلة الحقوقي العربي، العدد الأول السنةالأولى ،كانون الثاني/١٩٧٦–ص٨٥.

(٣) تنص المادة(٣/أ) من قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم ٢٢ لسنة ١٩٨٦ على أ ن :(لكل أردني أكمل تسع عشرة سنة شمسية من عمره الحق في انتخاب أعضاء مجلس النواب إذا كان اسمه مسجلاً في أحد الجداول الانتخابية النهائية).

العامة[1] وتكوين الأحزاب السياسية، مقابل أداء الالتزامات العامة، كالضرائب والخدمة العسكرية الإلزامية . وتتميز هذه الحقوق بما يلي:

١- انها مقصورة على من يتمتع بجنسية الدولة. اي (الوطني) دون (الاجنبي). لأن الوطني عضو رسمي فعلي في الجماعة السياسية للدولة التي يتمتع بجنسيتها، والدولة تتكون من الوطنيين وتقوم من أجلهم، وعضويتهم في جماعتها تضمن لهم التمتع بالحقوق السياسية عن طريق الاشتراك والمساهمة في حكمها وادارتها. كما ان مساواة الأجنبي بالوطني في التمتع بالحقوق السياسية يعد من الأمور الخطيرة التي تهدد كيان الجماعة من جهة، ولأن تمكين الأجنبي من التمتع بالحقوق السياسية في غير الدولة التي يتمتع بجنسيتها قد يؤدي إلى احتجاج دولته الأصلية أو سحب الجنسية منه. وتؤكد المادة (٢١) من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان هذه الحقيقة بقولها: (لكل إنسان حق الاشتراك في حكومة بلاده سواء أكان ذلك بصورة مباشرة أم بواسطة ممثلين منتخبين انتخاباً حراً، ولجميع الأفراد على حد سواء الحق في الالتحاق بالوظائف العامة في بلادهم)[2].

ولكننا قد نصادف في الحياة العملية بعض الاستثناءات من المبدأ المذكور. إذ قد تتم مساواة الأجنبي بالوطني في التمتع بالحقوق السياسية عملاً باتفاقية دولية، كالتي عقدت بين دول وسط وجنوب أمريكا في هذا الشأن. وفي انكلترا يحق للأجنبي الذي أقام فيها عشر سنوات أن يكون عضواً في المجالس البلدية[3].

كما ان مبدأ عدم جواز تولي الأجنبي إحدى الوظائف العامة في الدولة لا يمنع استخدام الأجانب بعقود عمل لمدد محددة كفنيين ومستشارين وخبراء في مجالات لا تتوافر فيها الخبرات الوطنية ، مثل الري والزراعة والجيش والجامعات والصناعات ... الخ[4].

٢- انها مقصورة على فئة محدودة من الوطنيين وليس جميعهم. إذ لا يتمتع بالحقوق السياسية في الدولة إلا (المواطن). أي الوطني الذي تتوافر فيه الشروط القانونية للتمتع بالحقوق المدنية بالإضافة إلى الحقوق السياسية ومنها شرط الأهلية، فيحرم من التمتع بها الوطني الذي لا

---

(١) تنص المادة(٢٢) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية على أن :(١- لكل أردني حق في تولي المناصب العامة بالشروط المعينة في القانون أو الأنظمة ٢-التعيين للوظائف العامة من دائمة ومؤقتة في الدولة والادارات الملحقة بها والبلديات يكون على أساس الكفايات والمؤهلات).

(٢) انظر مؤلفنا - المرجع السابق-ص ٢٢٧.

(٣) انظر Prof.Dr. Osman Berki.Devletler Hususi Hukuku. Cilt 1. Basi 4 Istanbul-1961-sf. 164 ve Dr.Ergin Nomer-Teb'a ile yabancinin Hukuki Musavati. Istanbul-1962.sf.56

(٤) انظر مؤلفنا- القانون الدولي الخاص- النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للاجانب وأحكامهما في القانون العراقي - الطبعة الأولى- دار الحرية للطباعة- بغداد/١٩٧٦-ص٢٢٤.

تتوافر فيه أهلية الأداء، كغير البالغ سن الرشد[1] أو من فقد هذه الأهلية، مثل المجنون والمحكوم عليه، والمرأة في بعض الدول [2].

وقد يحرم الوطني الذي اكتسب جنسية الدولة بالتجنس من التمتع بهذه الحقوق فترة من الزمن للتأكد من إخلاصه وتقديمه الولاء نحو الجماعة السياسية للدولة مانحة الجنسية[3].

٣- انها ليست حقوقاً خالصة، بل تخالطها الواجبات. فالإدلاء بالصوت في الانتخابات النيابية حق للمواطن ولكن هذا الإدلاء يعتبر واجباً عليه في نفس الوقت. وهكذا حق الدفاع عن الوطن (ضريبة الدم) واجب على المواطن وحق وشرف له في نفس الوقت ... الخ.

الفرع الثاني

الحقوق المدنية او غير السياسية

وهي الحقوق اللازمة لكل فرد باعتباره عضواً من أعضاء المجتمع ولايمكن الاستغناء عنها ولا تتعلق بتسيير شؤون وإدارة الدولة. فهي بهذا الاعتبار على النقيض من الحقوق السياسية التي يستطيع الفرد العيش في المجتمع مع حرمانه من بعضها أو من جميعها، وتُصنف هذه الحقوق بدورها إلى حقوق عامة وحقوق خاصة.

اولاً: الحقوق العامة(الحقوق والحريات الشخصية):

وهي الحقوق اللازمة لحياة الإنسان ومتعلقة بمقومات شخصيته، ولهذا سميت بـ (الحقوق والحريات الشخصية)، وتقررها فروع القانون العام أيضاً، وخاصة القانون الدستوري[4]

---

(١) فمثلاً بحسب المادة(٣/أ) من قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم ٢٢ لسنة ١٩٨٦ لا يجوز لكل أردني لم يكمل ١٩سنة شمسية من عمره أن ينتخب أعضاء مجلس النواب.

(٢) فمثلاً تنص الفقرة (ب) من المادة(٣) من قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم ٢٢ لسنة ١٩٨٦ على ان:(يحرم من ممارسة حق الانتخاب : ١- من كان محكوماً عليه بالسجن لمدة تزيد على سنة واحدة بجريمة غير سياسية ولم يعف عنه ٢- من كان محكوماً عليه بالافلاس ولم يستعد اعتباره ٣- من كان محجوراً عليه لذاته ولم يرفع الحجر عنه أو لأي سبب أخر ولم يرفع الحجر عنه).

(٣) فمثلاً تنص المادة(١٤) المعدلة من قانون الجنسية الأردنية رقم ٦ لسنة ١٩٥٤ على ان:(يعتبر الشخص الذي اكتسب الجنسية الأردنية بالتجنس أردنياً من جميع الوجوه إلا أنه لا يجوز له تولي المناصب السياسية والدبلوماسية والوظائف العامة التي يحددها مجلس الوزراء أو أن يكون عضواً في مجلس الأمة إلا بعد مضي عشر سنوات على الأقل على اكتسابه الجنسية الأردنية، كما لا يحق له الترشيح للمجالس البلدية والقروية والنقابات المهنية إلا بعد انقضاء خمس سنوات على الأقل على اكتسابها).

(٤) ينص دستور المملكة الأردنية الهاشمية على هذه الحقوق كالاتي:المادة ٦-١: الاردنيون أمام القانون سواء لا تمييز بينهم في الحقوق والواجبات وان اختلفوا في العرق أو اللغة أو الدين. ٢- تكفل الدولة العمل والتعليم ضمن حدود امكانياتها وتكفل الطمأنينة وتكافؤ الفرص لجميع الأردنيين.المادة ٧: الحرية الشخصية مصونة. المادة ٨: لا يجوز أن يوقف أحد أو يحبس إلا وفق أحكام القانون.المادة ٩-١:لا يجوز إبعاد أردني من ديار المملكة.المادة ١٠:للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها إلا في الأحوال المعينة في القانون، وبالكيفية المنصوص عليها فيه. المادة ١٤: تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في المملكة مالم تكن مخلة بالنظام العام أو منافية للآداب المادة ١٥: تكفل الدولة حرية الرأي ولكل أردني أن يعرب بحرية عن رأيه بالقول والكتابة والتصوير وسائر وسائل التعبير بشرط أن لا يتجاوز حدود القانون. المادة ١٦-١: للأردنيين حق الاجتماع ضمن حدود القانون. المادة ١٨: تعتبر جميع المراسلات البريدية والبرقية والمخاطبات الهاتفية سرية فلا تخضع للمراقبة أو التوقيف إلا في الأحوال المعينة في القانون.المادة ١٩: يحق للجماعات تأسيس مدارسها والقيام عليها لتعليم أفرادها على أن تراعي الأحكام العامة المنصوص عليها في القانون وتخضع لرقابة الحكومة في برامجها وتوجيهها. المادة ٢٣-١:العمل حق لجميع المواطنين وعلى الدولة أن توفره للأردنيين بتوجيه الاقتصاد الوطني والنهوض به ... إلخ.

ويحميها القانون الجنائي[1] لكل فرد في المجتمع بغض النظر عن جنسيته، لحاجة كل إنسان إليها وضرورتها له ضماناً لسلامة حياته وحريته وماله وعرضه، كالحق في الحرية والمساواة والحياة والتنقل والتقاضي والعمل والتعليم والفكر والرأي والعقيدة وتكوين الأسرة والاجتماع والتعامل والمراسلات وحرمة المسكن، ولهذا سميت بـ(حقوق الإنسان)أيضاً لأنها لانها تثبت لكل شخص بمجرد وجوده لكونه إنساناً، ووردت في مقدمة ميثاق الأمم المتحدة[2] و الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.[3]

فلكل فرد الحق في الحرية الشخصية لحصانة جسمه وماله وعرضه ومسكنه في حماية السلطة العامة من أي اعتداء باعتبار ان ذلك من الحقوق الطبيعية للإنسان. وتتميز

---

(١) تنص المادة (٣) من قانون العقوبات الاردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على انه:(لا يقضى بأية عقوبة لم ينص عليها القانون حين اقتراف الجريمة ...). وتنص المادة ١٧٨ منه على ان:(كل موظف أوقف أو حبس شخصاً في غير الحالات التي ينص عليها القانون يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر الى سنة). و تنص المادة (١٨١/١) منه على ان :(كل موظف يدخل بصفة كونه موظفاً مسكن أحد الناس أو ملحقات مسكنه في غير الأحوال التي يجيزها القانون، يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر الى ثلاث سنين وبغرامة من عشرين ديناراً الى مائة دينار). وتنص المادة (٢٧٥) منه على ان :(كل من خرب أو أتلف أو دنس مكان عبادة أو شعاراً أو أي شيء تقدسه جماعة من الناس قاصداً بذلك اهانة دين أية جماعة من الناس أو فعل ذلك مع علمه بان تلك الجماعة ستحمل فعله هذا على محمل الاهانة لدينها يعاقب بالحبس من شهر الى سنتين أو بغرامة من خمسة دنانير الى خمسين ديناراً).

(٢) اكدت مقدمة ميثاق الأمم المتحدة أهمية وضرورة هذه الحقوق لكل انسان كما يلي:(الايمان بالحقوق الأساسية للانسان وبكرامة الفرد وقدره).

(٣) وجاء تاكيد هذه الحقوق في المواد (٣- ٢٦) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان كالآتي:(بما ان الاعتراف بكرامة بني الانسان المتاصلة وبحقوقهم المتكافئة الثابتة هو أساس الحرية والعدالة والسلام في العالم- وبما ان شعوب الأمم المتحدة قد أكدت من جديد في ميثاقها ايمانها بحقوق الانسان الأساسية وبكرامة الفرد... وبما ان الدول الأعضاء قد أخذت على نفسها عهداً أن تكفل بالتعاون مع هيئة الأمم احترام حقوق الانسان وحرياته الأساسية احتراماً عالمياً واقعياً...)، (يولد الناس جميعاً احراراً متساوين في الكرامة والحقوق ، وكلهم قد وهب الرشد والضمير، وعليهم أن يعامل بعضهم بعضاً بروح الاخاء)، (لكل انسان الحق في الحياة والحرية والأمن الشخصي)، (لكل انسان الحق في أن يعترف في كل مكان بشخصيته القانونية)، (كل الناس سواء أمام القانون ومن حقهم جميعاً أن يحميهم القانون من أي تمييز بينهم وكل منهم ذو حق متساو في أن يحميه القانون من تمييز يراد به خرق هذا الاعلان ومن أي تحريض على اثارة هذا التمييز)، (لا يجوز تعريض انسان للتعذيب ولا لضروب من المعاملة أو العقوبة القاسية المهينة المنافية للكرامة الانسانية)، (لا يجوز القبض على انسان أو حبسه أو ابعاده بغير مساغ قانوني)، (لا يجوز تعريض أي انسان للتدخل في شؤونه الخاصة ولا في شؤون مسكنه أو أسرته أو رسائله بغير مساغ قانوني)، (لكل انسان الحق في الالتجاء الى المحاكم الوطنية المختصة لتدفع عنه أي عدوان على حقوقه الأساسية التي منحها له الدستور أو القانون)، ((لكل انسان الحق في حرية السفر والاقامة داخل حدود الدولة)، (لكل انسان الحق في حرية الفكر والضمير والدين)،. (لكل انسان الحق في حرية الرأي وحرية إلتماس المعلومات والأفكار وتلقيها وإذاعتها بمختلف الوسائل دون تقيد بحدود الدولة)، (أ- لكل انسان الحق في التعليم ويجب أن يكون التعليم مجاناً في مراحله الأولى والأساسية على الاقل وأن يكون التعليم الأولي الزامياً والتعليم الفني والمهني في متناول الجميع وأن يتاح التعليم للجميع على أساس الجدارة والكفاءة ب- يجب أن يوجه التعليم نحو تنمية شخصية الإنسان تنمية كاملة وزيادة احترام الإنسان والحريات الأساسية..)، (أ - لكل انسان الحق في حضور الإجتماعات السلمية والإنضمام إلى الجمعيات ذات الأغراض السلمية)، (لكل فرد باعتباره عضواً في المجتمع الحق في الأمن الإجتماعي وفي نيل الحقوق الإقتصادية والإجتماعية والثقافية التي تقتضيها كرامته ويتطلبها نمو شخصيته نمواً حراً)، (لكل انسان حق العمل وحرية اختياره وله حق العمل في ظروف عادلة ملائمة وحق الحماية من التعطل).

هذه الحقوق العامة بما يلي:-

أ- لا يجوز التصرف فيها أو نقلها ببدل أو بدون بدل ولا التنازل عنها، لأنها لصيقة بشخص صاحبها، ولهذا نص القانون المدني الأردني على انه ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية ولا عن أهليته أو التعديل في أحكامها [1].

ب- لا تنتقل بالوفاة إلى الورثة، بل تنقضي بمجرد وفاة صاحبها، لانها متعلقة بشخص الإنسان، ولهذا سميت بالحقوق والحريات الشخصية، وكل إتفاق يحصل بخلاف ذلك يعتبر باطلاً.

جـ- لا تسقط ولا تكتسب بالتقادم . فهي لا تسقط بعدم استعمالها مدة مهما طالت بل تبقى مستمرة ومحفوظة لصاحبها. فعدم ممارسة شخص لحقه في التنقل أو العمل لا يؤدي إلى سقوط هذا الحق مهما طالت مدة عدم ممارسته له وباستطاعته ممارسته في أي وقت .

د- الاعتداء عليها يُنشئ الحق لصاحبها في أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر[2]. فمثلاً لكل من نازعه الغير في استعمال اسمه أو لقبه أو كليهما بلا مبرر، ومن انتحل الغير اسمه أو لقبه أو كليهما دون حق طلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر[3].

ثانياً - الحقوق الخاصة:

وهي الحقوق التي تنشأ عن علاقات تتعلق بالقانون الخاص، مثل القانون المدني وقانون الأحوال الشخصية، وتثبت للأشخاص الذين تتوافر فيهم شروط اكتسابها بغية تمكينهم من إبداء نشاطهم في المحيط العائلي والمالي بغض النظر عن مهنهم وطوائفهم، كحق الملكية والحقوق الزوجية.أي الحقوق المتعلقة بروابط الأحوال العائلية وروابط الأحوال المالية، وهي تُصنف بدورها إلى (حقوق عائلية) و (حقوق مالية).

١- الحقوق العائلية:

وتسمى أيضاً بـ(الأحوال الشخصية) وهي تلك الحقوق التي تثبت للشخص نظراً لمركزه في الأسرة التي ينتمي إليها أو يتصل بها باعتباره عضواً فيها في مواجهة عضو آخر. وتتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك.[4] وتنشأ هذه الحقوق من الروابط التي تقوم في أساسها على النسب والمصاهرة

---

(١) انظر المادة (٤٧) من القانون المدني الأردني.

(٢) راجع المادة(٤٨) من القانون المدني الأردني.

(٣) انظر المادة (٤٩) من القانون المدني الأردني .

(٤) راجع المادتين (٣٤ و ٣٥) من القانون المدني الأردني.

وما يترتب عليهما من قرابة. فبين الزوجين حقوق زوجية متقابلة متبادلة، وللأب والأم على الأولاد حقوق، مثل حق التأديب والتربية، وللأولاد على الأب والأم حقوق، مثل حق الرعاية والحضانة والتربية والانفاق. لأن الحقوق العائلية تقترن بمركز ممتاز لمن يعترف له القانون به إزاء الآخرين في الأسرة لاعتبارات القرابة ويجيز له الوقوف تجاههم موقفاً معيناً في العلاقات العائلية، كولاية الوالد على ولده وحقه في تأديبه وتربيته وسلطة الزوج على زوجته. وهكذا فإن هذه الحقوق تخالطها دائماً واجبات متقابلة ويكاد ينعدم حق عائلي لا يقابله واجب يفرض على المطالب به. فلئن كان من حق الزوجة مطالبة زوجها بمهرها المعجل، فإن من واجبها مطاوعته في السكن. ولئن كان من حق الزوج طلب الطاعة من زوجته، فإن من واجبه الانفاق عليها. وللزوج على زوجته وللزوجة على زوجها حق المعاشرة بالمعروف ووجوب أن يكون كل منهما أميناً على شرف الثاني. وان كان للأب حق تربية وتأديب أولاده، فإن من واجبه الانفاق عليهم ورعايتهم. وان كانت حضانة الصغير من حق الأم، فإن هذه الحضانة واجبة عليها وإلا تعرضت للمساءلة. فإذا منع الزوج زوجته بعد طلاقها من حضانة صغيرها، يكون من حق الزوجة إقامة دعوى الحضانة واستحصال حكم المحكمة بحق حضانته، وبالمقابل إذا تركت الأم صغيرها وهو دون السنتين من عمره وعرضت حياته للخطر، أو على وجه يحتمل أن يسبب ضرراً مستديماً لصحته تعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات [1].

فالحقوق العائلية لا تمنح لأصحابها لتحقيق مصالحهم الشخصية، بل تمنح لهم لتحقيق مصلحة الأسرة برمتها. ولهذا تعتبر الحقوق العائلية من النظام العام بحيث لا يجوز للأفراد التنازل عنها أو التصرف فيها أو استبعادها والتحلل منها إلا بالطرق القانونية لا بالاتفاق الخاص بينهم[2] . لأنها لا تخضع للتعاقد المخالف للقانون. وإذا كان أغلب الحقوق التي تنبثق عن الزواج والقرابة هي حقوق عائلية غير مالية، فلا شك ان بعض تلك الحقوق هي حقوق يمكن تقويمها بالمال، كالحق في النفقة والمهر والميراث والأثاث، ولكن الحقوق التي يمكن تقويمها بالمال ليست هي المقصودة أصلاً من رابطة الزواج، بل ان الأساس فيها هو العشرة وتكوين الأسرة واستمرار النسل. وعلى هذا يمكن التنازل عن بعض الحقوق التي يمكن تقويمها بالمال، كالتنازل الاختياري عن النفقة، بينما الحقوق العائلية الأخرى غير التي

---

(١) المادة (٢٨٩) من قانون العقوبات الأردني رقم ١٦ لسنة ١٩٦١ .

(٢) تنص المادة (٢/١٦٣) من القانون المدني الأردني على أن :(يعتبر من النظام العام بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية كالأهلية والميراث ...).

يمكن تقويمها بالمال لا يجوز إسقاطها أو التحلل منها إلا بالطرق القانونية .

ويحكم القانون المدني الحقوق العائلية في أغلب الدول، مثل تركيا وسويسرا وفرنسا ، بينما يحكمها في الدول العربية قانون الأحوال الشخصية، وهو قانون مستقل عن القانون المدني ويستمد أغلب أحكامه من مبادئ الشريعة الاسلامية.

٢- الحقوق المالية :

وهي الحقوق التي يقررها القانون المدني للأشخاص بغية تمكينهم من القيام بأعمال معينة لتحقيق مصالح يمكن تقويم محلها بالنقود وتمثل في مجموعها الجانب الإيجابي من الذمة المالية للشخص ولذلك تسمى أيضاً بـ(حقوق الذمة المالية) ، فيجوز التصرف فيها وانتقالها بالميراث والحجز عليها لقاء دين، وتُصنف بدورها إلى ثلاثة أنواع:

أ- حقوق عينية ب- حقوق شخصية ج- حقوق معنوية او ادبية او ذهنية.

أ- الحقوق العينية :

الحق العيني سلطة مباشرة على شيء معين يقررها القانون لشخص معين،[1] ويخوله فيها استعمال هذا الشيء و الانتفاع به والتصرف فيه دون وساطة أحد. فهو حق يُنشئ سلطة مباشرة للشخص على الشيء. فمن يملك داراً يخوله حقه العيني عليها أن يستعملها لنفسه (حق الاستعمال) أو أن يؤجرها لغيره(حق الاستغلال) أو أن يتصرف فيها كافة التصرفات القانونية دون تدخل من شخص آخر أو ترخيص من أحد[2]، ويقع على الناس جميعاً واجب احترام هذا الحق وعدم معارضة صاحبه في استعماله واستغلاله والتصرف فيه ما دام يقوم بذلك ضمن الحدود التي رسمها القانون.

وتُصنف الحقوق العينية بدورها إلى(حقوق عينية أصلية) و(حقوق عينية تبعية) ، كالآتي:-

١- الحقوق العينية الاصلية :

وهي الحقوق التي تكون قائمة بذاتها وغير تابعة لحق آخر، لانها تنشأ مستقلة دون الاستناد إلى حق آخر، وتشمل كما وردت في القانون المدني الأردني على سبيل الحصر (حقوق الملكية والتصرف والانتفاع والاستعمال والسكن والسطحية «القرار» والحقوق المجردة والوقف والحكر وعقد الاجارتين وخلو الانتفاع)[3]. وفيما يلي موجز لكل حق من هذه الحقوق.

---

(١) المادة (١/٦٩) من القانون المدني الأردني.

(٢) انظر شاكر ناصرحيدر- الموجز في الحقوق العينية الأصلية -بغداد/١٩٥٤ -ص ٢٧ومحمد طه البشير والدكتور غني حسون طه- الحقوق العينية - القسم الأول- مطابع التعليم العالي- بغداد/١٩٨٩-ص٥.

(٣) المادة(١/٧٠) من القانون المدني الأردني.

- **حق الملكية :**

وهو حق عيني أصلي يخول صاحبه سلطة التصرف في ملكه تصرفاً مطلقاً عيناً ومنفعة وإستغلالاً.[١] فهو أوسع وأتم وأهم الحقوق العينية الأصلية من حيث القدرات التي يمنحها للمالك. لأنه حق مانع وجامع يخول صاحبه ثلاث قدرات أو سلطات، هي الاستعمال والاستغلال والتصرف في آن واحد.

- **حق التصرف**[٢]:

وهو حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية[٣] وتبيح الدولة بموجبه حق التصرف في الأراضي(الأميرية)[٤] المملوكة لها لمن يرغب بالشروط التي يفرضها القانون، ويخول صاحبه (المتصرف) أن يزرع الأرض وأن ينتفع بها ويستفيد من حاصلاتها الناتجة عن عمله ومما نبت فيها بدون عمله، وأن يغرس فيها الأشجار والدوالي وأن يتخذها حديقة أو حرجاً أو مرعى وأن يقطع ويقلع الأشجار والدوالي المغروسة فيها، وله أن يُنشئ فيها دوراً ودكاكين ومصانع وأي بناء يحتاج إليه في زراعته على أن لا يتوسع في ذلك إلى درجة إحداث قرية أو محلة، وله أن يهدم ما فيها من أبنية ويفرغها فراغاً قطعياً و يؤجرها ويعيرها و يرهنها توثيقاً للدين أو رهناً حيازياً،[٥] ولكن لا يجوز الإيصاء بها ولا وقفها إلا إذا تملك صاحب الحق الأرض من الدولة، وينتقل هذ الحق بالإرث[٦].

- **حق الانتفاع:**

وهو حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية أيضاً ويخول صاحبه (المنتفع) سلطة استعمال عين مملوكة للغير واستغلالها ما دامت قائمة على حالها وان لم تكن رقبتها مملوكة للمنتفع بشرط المحافظة على كيانها وردها إلى صاحبها عند نهاية حق الانتفاع. ويكتسب هذا الحق بالعقد أو بالوصية أو بمرور الزمان[٧] وهو حق مؤقت ينتهي بحلول الأجل المحدد له، أو بهلاك العين المنتفع بها، أو بتنازل المنتفع، أو بقرار من المحكمة لسوء الاستعمال،

---

(١) المادة (١/١٠١٨) من القانون المدني.

(٢) انظر شاكر ناصر حيدر- المرجع السابق- ص٣٧ وطه البشير والدكتور غني حسون طه-المرجع السابق- ص٣١.

(٣) المادة (١/١١٩٨) من القانون المدني الأردني.

(٤) الأراضي الأميرية هي التي تعود رقبتها للدولة ويخول حق التصرف فيها للفرد .

(٥) المادة (١١٩٩) من القانون المدني.

(٦) انظر المادة(٣/١٠٨٦) من القانون المدني الأردني.

(٧) ينظم القانون المدني الأردني أحكام حق الانتفاع في المواد(١٢٠٥-١٢١٩) منه .

أو باتحاد صفتي المالك والمنتفع، أو بموت المنتفع.

فحق الانتفاع يجرد المالك من سلطتي (الاستعمال والاستغلال) في الملكية لتكونا لشخص آخر هو (المنتفع). أما حق التصرف، فيحتفظ به المالك الذي يسمى في هذه الحالة بـ(مالك الرقبة). [1]

وحق الانتفاع قد يرد على العقار أو المنقول بحسب العين محل الحق، كالدور والسيارات والآلات الزراعية والمواشي...إلخ.

- **حق الاستعمال. وحق السكنى:**

وهو حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية أيضًا. إذ سبق أن ذكرنا ان حق الملكية يخول صاحبه سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف. فإذا تخلى المالك للغير (المنتفع) عن مزيتي الاستعمال والاستغلال من عناصر الملكية، سمي الحق الذي قرره بـ (حق الانتفاع)، وسمي من يتقرر له الحق بـ(المنتفع).

ولكن المالك قد يتخلى عن مزية الاستعمال فقط للغير دون حق الاستغلال، فيسمى في هذه الحالة (حق السكنى).

فحق السكنى هو صورة من صور الاستعمال، لأنه لا يخول صاحبه إلا نوعاً معيناً من الاستعمال و هو السكن، ولكن حق الاستعمال قد يرد على عقار أو على منقول، بينما حق السكنى لا يمكن أن يرد إلا على عقار وبالذات على دار للسكن"[2].

وحسب القانون المدني الأردني يصح أن يقع الانتفاع على حق الاستعمال أو حق السكنى أو عليهما معاً. ويتحدد مدى حق الاستعمال وحق السكنى بحاجة صاحب الحق وأسرته لأنفسهم مع مراعاة أحكام السند المنشئ للحق، ولا يجوز التنازل للغير عن حق الاستعمال أو عن حق السكنى إلا بناء على شرط صريح في سند إنشاء الحق أو ضرورة قصوى. وأسباب كسب هذين الحقين هي العقد أو الوصية أو مرور الزمان.[3]

- **حق المساطحة (حق القرار):**

هو حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية أيضاً ويعطي صاحبه الحق في إقامة بناء أو غراس على أرض الغير بالاتفاق (العقد) بينه وبين صاحب الأرض أو بمرور الزمان، وينتقل بالميراث والوصية، ويجوز التفرغ عنه وإجراء رهن توثيقي عليه، على أن

---

(١) انظر محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه-المرجع السابق -ص٢٩٩-٣٠٤و Dr. G. Weland. Kanunu Medenide Ayni Haklar. Turkceye, Civiren. Isamil Haki Karafakih. 2 cilt.2Basi-Ankara/1964. sf.427.

(٢) انظر الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك-المرجع السابق -ص ٢٣٨.

(٣) نظم القانون المدني الأردني أحكام حق الاستعمال وحق السكنى في المواد(١٢٢٠-١٢٢٤)منه.

لا تزيد مدته عن خمسين سنة. فإذا لم تحدد مدته جاز لكل من صاحب الحق ومالك الرقبة أن ينهي العقد بعد سنتين من وقت التنبيه على الآخر بذلك، ويملك صاحب حق المساطحة ما أحدثه في الأرض من مبان أو غراس وله أن يتصرف فيها مقترنة بحق المساطحة. وينتهي هذا الحق بإنتهاء المدة أو باتحاد صفتي المالك وصاحب الحق أو إذا تخلف صاحب الحق عن أداء الأجرة المتفق عليها مدة سنتين ما لم يتفق على غير ذلك [1]، وعندئذٍ للمؤجر أن يطالب بهدم البناء أو قلع الغراس أو أن يتملك ما استحدث بقيمته مستحق القلع إن كان هدمه أو إزالته مضراً بالعقار.

- الحقوق المجردة (حقوق الارتفاق):

وهي ارتفاق على عقار لمنفعة عقار مملوك لآخر وتكتسب بالإذن أو بالتصرف القانوني أو بالميراث، ومنها الحائط المشترك وحق الطريق وحق المرور وحق الشرب وحق المجرى وحق المسيل [2]. والحق المجرد حق عيني أصلي متفرع عن حق الملكية أيضاً ، فلا يتقرر إلا على عقار بطبيعته.

- الوقف :

وهو حق عيني أصلي يتفرع عن حق الملكية ويتضمن حبس عين المال المملوك عن التصرف وتخصيص منافعه للبر ولو مآلاً. ويكون الوقف خيرياً إذا خصصت منافعه لجهة بر ابتداء، وذرياً إذا خصصت منافعه لشخص أو أشخاص معينين وذرياتهم من بعدهم ثم إلى جهة من جهات البر عند انقراض الموقوف عليهم، ومشتركاً إذا خصصت الغلة إلى الذرية وجهة البر معاً، ويجب في جميع الأحوال أن ينتهي الوقف إلى جهة بر لاتنقطع [3].

- الحكر:

وهو حق عيني أصلي متفرع عن الملكية ويترتب على عقار موقوف ويكسب به المحتكر حقاً عينياً يخول صاحبه الانتفاع بأرض موقوفة، بإقامة مبان عليها أو استعمالها للغراس أو لأي غرض آخر لا يضر بالوقف لقاء أجر محدد يدفع لجهة الوقف. ولا يصح التحكير إلا لضرورة ومصلحة محققة للوقف، ويجب أن يتم بإذن من المحكمة المختصة وأن يسجل بعد ذلك في دائرة التسجيل، ولا يجوز التحكير لمدة تزيد على خمسين سنة. فإذا

(١) نظم القانون المدني الأردني أحكام حق المساطحة في المواد (١٢٢٥-١٢٣٢) منه.

(٢) نظم القانون المدني الأردني أحكام الحقوق المجردة في المواد(١٢٧١-١٢٧٥) منه.

(٣) نظم القانون المدني الأردني أحكام الوقف في المواد (١٢٣٣-١٢٤٨)منه.

عينت مدة تزيد على ذلك أو لم تعين مدة اعتبر الحكر معقوداً لمدة خمسين سنة. وللمحتكر أن يتصرف في حقه، ومصدر هذ الحق هو (عقد الحكر). وينتقل هذا الحق بالميراث وبالوصية.[1] ومن صور حق الحكر (عقد الإجارتين)[2] و (خلو الانتفاع)[3].

٢- الحقوق العينية التبعية:

وهي التوثيقات الثابتة بالرهن التأميني أو الحيازي أو بنص القانون، ولذلك فهي لا تقوم بذاتها، بل تستند في وجودها إلى حق آخر هو الدين. أي توجد تبعاً لحق آخر يغلب أن يكون حق دائنية خدمة لذلك الحق وضماناً له. إذ هي تقوم على أشياء ضماناً للوفاء بدين ما. والقاعدة أن التابع تابع، فإذا انقضى الأصل انقضى التابع. وتشمل الحقوق العينية التبعية(الرهن التأميني) و(الرهن الحيازي) و (حقوق الامتياز)[4]، وتمتاز بخاصية التقدم (الأولوية أو الأفضلية) و(التتبع) وكالآتي :

- الرهن التأميني :

وهو عقد به يكتسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة عند استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون. فالرهن التأميني حق عيني تبعي لا يرد إلا على عقار أو ما أُلحق حكمه بالعقار، كالسفن والطائرات والمكائن الضخمة وغيرها، ولا ينعقد إلا بتسجيله. لأنه حق عيني عقاري، وهو لا يؤدي إلى حيازة الدائن المرتهن للعقار المرهون بل يبقى في حيازة المدين الراهن. إلا أنه لضمان عدم تصرف المدين الراهن فيه يتم وضع إشارة الرهن على قيده في دائرة التسجيل العقاري. ويجب أن يكون الراهن مالكاً للعقار المرهون وأهلاً للتصرف فيه[5].

- الرهن الحيازي :

وهو احتباس مال في يد الدائن المرتهن أو يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين، أي ينتقل المال المرهون إلى حيازة الدائن المرتهن أو إلى يد شخص ثالث يسمى عدلاً ، عقاراً كان المرهون أم منقولاً.[6]

---

(١) نظم القانون المدني الاردني أحكام الحكر في المواد(١٢٤٩-١٢٦٣) منه.

(٢) المادة(١٢٦٤) من القانون المدني الأردني.

(٣) نظم القانون المدني الأردني أحكام خلو الانتفاع في المواد(١٢٦٥-١٢٧٠) منه.

(٤) انظر المادة (٢/٧٠) من القانون المدني الأردني.

(٥) نظم القانون المدني الأردني أحكام الرهن التأميني في المواد(١٣٢٢-١٣٧١) منه.

(٦) نظم القانون المدني الأردني أحكام الرهن الحيازي في المواد (١٣٧٢-١٤٢٣) منه.

- حقوق الامتياز :

الامتياز حق عيني تبعي يخول الدائن أسبقية اقتضاء حقه مراعاة لصفته ويتقرر بنص القانون، وقد يكون عاماً أو خاصًا. ويقع الامتياز العام على جميع أموال المدين، مثل حق الدولة في الضرائب، أو كأجر العامل الذي جعل له المشرع الأردني في قانون العمل الامتياز العام من الدرجة الأولى يفرض أولوية وأسبقية في استيفائه من أموال صاحب العمل حتى على ديون الحكومة بما في ذلك الضرائب والرسوم والحقوق الأخرى المستحقة للحكومة[1]. أما الامتياز الخاص فيقع على منقول أو عقار معين من أموال المدين، كحق بائع العقار في استيفاء ما يستحقه من ثمن نفس العقار متقدماً على غيره بالامتياز.[2]

ب- الحقوق الشخصية :

الحق الشخصي أو (حق الدائنية) هو رابطة قانونية بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني إليه أو القيام بعمل معين له أو الامتناع عن القيام بعمل معين لمصلحته.[3]

فالعلاقة التي تنشأ في الحق الشخصي إذا نظرنا إليها من جانبها الإيجابي سميناها (حقاً)، وإذا نظرنا إليها من جانبها السلبي سميناها (التزاماً). لأن في الحق الشخصي طرفاً دائناً وهو صاحب الحق وطرفاً مديناً وهو الذي يتقرر عليه الحق. وتوجد بينهما رابطة اقتضاء يلتزم بموجبها أحدهما (المدين) قِبَلَ الآخر(الدائن) بنقل حق عيني، مثل التزام البائع بنقل ملكية عقار إلى المشتري، أو بالقيام بعمل من الأعمال، مثل التزام الناقل بنقل بضاعة إلى بلد آخر والتزام البنَّا ببناء دار والتزام الرسام برسم لوحة زيتية والتزام مطربة أو مطرب بأحياء حفلة غنائية، أو بالامتناع عن القيام بعمل معين يملك القيام به قانوناً، مثل أن يبيع أحدهم محلاً تجارياً إلى آخر ويلتزم تجاهه بعدم ممارسة نفس النوع من التجارة مدة معينة في المنطقة التي يقع فيها المحل الذي باعه، أو كالتزام العامل بعدم منافسة صاحب العمل أو الاشتراك في عمل ينافسه بعد انتهاء عقد العمل ... إلخ [4].

ويختلف الحق الشخصي عن الحق العيني بأنه يفرض واجباً على شخص معين أو

---

(١) انظر المادة (٥١/أ) من قانون العمل الأردني رقم ٨ لسنة ١٩٩٦.

(٢) نظم القانون المدني الأردني أحكام حقوق الامتياز في المواد(١٤٢٤-١٤٤٧) منه.

(٣) راجع المادة (٦٨) من القانون المدني الأردني.

(٤) انظر المادة (١/٨١٨) من القانون المدني.

أشخاص معينين بالذات، بينما يفرض الحق العيني هذا الواجب على الناس جميعاً. وإذا كان المشرع قد نص على الحقوق العينية (التبعية والأصلية) في القانون المدني على سبيل الحصر[1]، فإنه لم يحدد الحقوق الشخصية على سبيل الحصر، بل اكتفى ببيان مصادرها ووضع الأحكام العامة المتعلقة بها[2]، لأنه من المتعذر حصر الحقوق الشخصية اللامتناهية التي تجري بين الناس[3].

ج - *الحقوق المعنوية (و (الادبية)و (الذهنية) :*

وتسمى أحياناً بالملكية الفنية أو الأدبية لانها لاتنصب على أشياء مادية يمكن إدراكها بالحس، بل على نتاج الفكر وثمرة الخاطر والقريحة، كالمؤلفات العلمية والأدبية والموسيقية والمبتكرات والنماذج الصناعية والتجارية. أي حقوق (معنوية). فهي سلطة يتمتع بها شخص أو من يقوم مقامه على فكرة ابتكرها أو اختراع اخترعه أو أية مزية أخرى نتجت عن عمله الفني ويتمكن بها الوصول إلى منفعة مالية من فكرته أو اختراعه وأن يحتكر لنفسه هذه المنفعة المالية التي تنتج من نشر هذه الفكرة أو استغلال هذا الاختراع، كحق المخترع في اختراعه وحق المؤلف في مؤلفه وحق الفنان في مبتكراته الفنية، وحق الملحن في لحنه وحق الشاعر في قصيدته ... إلخ.

وتمتد الحقوق المعنوية إلى مقومات المحل التجاري المعنوية من اسم تجاري وعلامة تجارية وثقة العملاء، ولهذا عرفتها المادة(٧١)من القانون المدني الأردني بقولها:(١- الحقوق المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي ٢- ويتبع في شأن حقوق المؤلف والمخترع والفنان والعلامات التجارية وسائر الحقوق المعنوية الأخرى أحكام القوانين الخاصة).

والحقوق المعنوية بخلاف الحقوق العينية لا ترد على شيء مادي مباشرة، وبخلاف الحقوق الشخصية لا تفرض واجباً خاصاً على شخص معين بالذات، بل كالحقوق العينية تفرض الواجب على الناس جميعاً [4].

وفي العديد من الدول تجري حماية الحقوق المعنوية التجارية بالقانون التجاري أو

---

(١) راجع المادة (٧٠) من القانون المدني الأردني.

(٢) انظر المادة(٨٧) وما بعدها من القانون المدني الأردني.

(٣) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق - ص٢٨٩.

(٤) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز- المصدر السابق-ص ٢٩٠.

بقوانين خاصة، مثل قانون العلامة التجارية وقانون براءة الاختراع[1].

بينما لم تتوافر للحقوق المعنوية أو الفكرية أو الأدبية الأخرى هذه الحماية القانونية إلا منذ عهد قريب في التشريعات الداخلية رغم انها أصبحت ظاهرة الأثر في العلاقات الدولية، فصارت تعقد لحمايتها في القانون الدولي العام اتفاقيات عديدة[2] منذ مدة ليست قصيرة[3].

والحق المعنوي لا يسقط بوفاة صاحبه بل ينتقل إلى ورثته، كما ان حمايته في التشريعات الداخلية لا تقتصر على الوطنيين فقط بل تشمل الأجانب في الدولة أيضاً.

---

(١) فمثلاً صدر أول قانون لحماية حق التاليف في فرنسا عام ١٧٩٠ وفي بلجيكا عام ١٨٦٦ وفي سويسرا عام ١٩٢٦، وفي العراق صدر قانون حماية حق المؤلف رقم ٣سنة ١٩٧١ ونص على حماية المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم للوطنيين والأجانب وورثتهم وصدر قانون براءة الاختراع والنماذج الصناعية رقم ٦٥ في سنة ١٩٧٠ وقانون العلامات والبيانات التجارية رقم ٢١ عام ١٩٧٥ لحماية العلاقات الفارقة والاسم التجاري، وتنص المادة(٤٧٦) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ على انه :(مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها القانون يعاقب بالغرامة كل من تعدى على حق من حقوق الملكية المعنوية للغير يحميها القانون أو اتفاقية دولية انضم اليها العراق) ، وفي الأردن صدر قانون حماية حق المؤلف رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ ونص على حماية المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أياً كان نوع هذه المصنفات أو أهميتها أو الغرض من إنتاجها.

(٢) انظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون- المرجع السابق- ص ١٣٢.

(٣) مثل اتفاقية باريس لحماية الملكية الصناعية لعام ١٨٨٣ واتحاد برن لعام ١٨٨٦ الخاص بالملكية الأدبية والفنية واتفاقية المنظمة العالمية للملكية الفكرية الموقعة في استوكهولم عام ١٩٦٧. وفضلاً عن ذلك فقد نصت الفقرة (ب) من المادة (٢٧) من الاعلان العالمي لحقوق الانسان على ان لكل انسان الحق في حماية مصالحه الأدبية والمادية الناشئة عن أي نتاج انتجه في ميدان العلوم والآداب والفنون (انظر مؤلفنا - القانون الدولي الخاص- الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي -المرجع السابق-ص٢١٨).

الفصل الثاني
أركان الحق

للحق بوجه عام ثلاثة أركان هي :

١- شخص الحق. ٢- محل الحق ٣- إقرار القانون بوجود الحق أو الحماية القانونية للحق[1].

وعليه سنبحث هذه الأركان تباعاً في المباحث الثلاثة الآتية وكالآتي:

المبحث الاول
شخص الحق

لا يمكن تصور أي حق إلا منسوباً إلى شخص من الأشخاص. وشخص الحق هو كل كائن تتوافر فيه الإرادة لأن يكون صاحب حق أو مكلفاً بالتزام. ولكن صاحب الحق ليس من الضروري أن يكون إنساناً في نظر القانون. فالشركة أو الجمعية شخص بالمعنى القانوني ولكنها ليست إنساناً ومع ذلك تصلح لأن تكون صاحب حق. فالشخص نوعان: (شخص طبيعي) و(شخص معنوي أو حكمي أو اعتباري). ولهذا من المفيد أن ندرس أحكام الشخص الطبيعي والشخص الحكمي في مطلبين مستقلين بشيء من الإفاضة وكالآتي:

المطلب الأول
الشخص الطبيعي (الإنسان)

الشخص الطبيعي هو الإنسان الذي له إرادة محسوسة عكس الجماد والحيوان اللذين لا إرادة لهما. ويعد كل إنسان اليوم شخصاً في نظر القانون ويصلح أن يتمتع بالحقوق ويلتزم بالواجبات. أي تثبت له الشخصية القانونية باعتباره كائناً اجتماعياً متميزاً تشرع القواعد القانونية لتنظيم شؤونه. فهو علة وجود القانون والغاية منه، عكس ما كان عليه الوضع فيما مضى عندما لم يكن الرقيق شخصاً من أشخاص القانون وطرفاً في الحق بل كان موضوعاً للحق وشيئاً يخضع لقانون الأشياء لا لقانون الأشخاص لعدم الاعتراف بشخصية قانونية له.

ورغم ان كل إنسان يعد اليوم شخصاً من أشخاص القانون إلا أن ذلك لا يعني ان لكل إنسان أهلية كاملة.ولهذا يجب التفرقة بين الشخصية في وجودها (أهلية الوجوب) والشخصية في نشاطها القانوني(أهلية الأداء)، والثانية وحدها هي التي تشترط فيها الإرادة.

---

(١) هذه الحماية القانونية كركن من أركان الحق مختلف عليها كما سنبين ذلك .

أما مجرد وجود الشخص فلا تشترط فيه إرادة واعية عاقلة. فالمجنون شخص والطفل شخص ولكن تنقصهما أهلية الأداء لانعدام تمييزهما، ولهذا فإنهما قد لايتمتعان ببعض الحقوق، مثل الحقوق السياسية و التصرفات التعاقدية. ولكن عدم التساوي في اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بسبب انعدام الأهلية لا يعدم وجود الشخصية القانونية للإنسان، وإنما يؤثر في نطاقها من حيث اكتساب الحقوق وتحمل الواجبات"[1]. ولهذا علينا أن نحدد متى تبدأ شخصية الإنسان ومتى تنتهي ثم نبين خصائصها .

اولاً: بداية ونهاية الشخص الطبيعي:

تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً وتنتهي بموته، ويعين القانون حقوق الحمل المستكن"[2].

فشخصية الإنسان القانونية تبدأ بولادته حياً، والولادة لا بد من أن تكون تامة بأن ينفصل المولود عن رحم والدته إنفصالاً تاماً ويخرج حياً. فإن كان هكذا تثبت له الشخصية القانونية حتى ولو مات بعد لحظة قصيرة من ولادته ، ما دام قد ولد حياً. ويقوم الدليل على الولادة حياً بثبوت أعراض ظاهرة للحياة، كالبكاء والصراخ والشهيق والحركة . فلا يشترط أن يكون المولود قابلاً للحياة"[3]، بل أن يكون أهلاً للتمتع بالحقوق منذ لحظة ولادته حتى ولو كان ينقصه أحد الأعضاء الأساسية في جسمه. وإذا ولد ميتاً، فإنه يعد كأن لم يكن موجوداً أصلاً ولا يكتسب الحقوق، وان كان قد ورث تركة وهو جنين في بطن أمه لا يعد وارثاً ويوزع ما علق له من التركة على من كانوا ورثة بعد وفاة المورث.

و يتم إثبات الولادة والوفاة بالسجلات الرسمية المعدة لهذا الغرض. فإذا لم يوجد هذا الدليل أو تبين عدم صحة ما أدرج فيه، جاز الإثبات بأية وسيلة أخرى من وسائل الإثبات القانونية "[4]. وإذا كان الأصل هو ان الشخصية القانونية للإنسان تبدأ بولادته حياً، إلا أنه من المشاهد ان القوانين والشرائع القديمة والحديثة تعترف استثناءً من هذا الأصل للجنين - وهو في رحم أمه - بشخصية قانونية وان كانت محدودة، ، بناء على مقتضيات مصلحته.إذ قد يتوفى من هو مورث للجنين مثل الأب أو الجد أو العم، ويكون لهذا الجنين نصيب في التركة، أو قد يوصي أحدهم للجنين بمال، فيعتبر الجنين لهذا السبب شخصاً يكتسب الحقوق وهو في بطن أمه، حيث يرث من مورثه المتوفى قبل

---

(١) أنظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق -ص ٢٩٥.

(٢) المادة (٣٠) من القانون المدني الأردني.

(٣) أنظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق- ص ٢٨٢.

(٤) المادة (٣١) من القانون المدني الأردني.

ولادته، أو ينال ما أوصي به له، أو ينتفع من غلة الوقف الموقوف عليه، ولكن يشترط لهذا كله أن يولد حياً. فإن تحقق هذا الشرط تأكدت شخصيته القانونية وثبت له الحق في أن يكون وارثاً أو موصى له. وان لم يتحقق هذا الشرط، أهمل و عد كأن لم يكن موجوداً أصلاً وعاد الميراث لبقية الورثة والموصى به إلى الموصي أو إلى المستحقين من ورثته[1].

وتنتهي شخصية الإنسان عادة بالموت الفعلي[2]، حيث لا تعود للميت أية حقوق ولا يُحمل بأية التزامات، ولكن شخصية المتوفى القانونية تمتد اعتبارياً وتستمر إلى فترة ما بعد الموت لحين تصفية تركته وسداد ديونه، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون. وإذا تصرف الورثة في شيء من أموال تركة مورثهم قبل سداد الديون، اعتبر تصرفهم وارداً على مال الغير وغير نافذ في حق الدائنين.

حالة المفقود :

وهناك حالة وسط بين الحياة والموت هي حالة المفقود الذي يغيب عن موطنه وتنقطع اخباره ولا يعرف إن كان حياً أو ميتاً . فوفقاً للفقه الحنفي لا يعتبر المفقود ميتاً إلا إذا انقرض معاصروه من بلده، وإذا تعذرت معرفة معاصريه يعتبر ميتاً إذا بلغ سن التسعين من عمره، وخلال هذه الفترة يعين له قيم يرعى مصالحه وحقوقه وتبقى زوجته على ذمته ولا تقسم أمواله بين ورثته قبل الحكم بموته.

إلا أن القوانين الوضعية أجازت للقاضي إنهاء شخصية المفقود واعتباره ميتاً تقديراً. أي بالموت الحكمي. فإذا انتهت المدة المحددة في القانون وحكم بموته، فإنه يعتبر حياً قبل صدور الحكم بوفاته وميتاً بعد صدور هذا الحكم ويجوز لزوجته أن تتزوج من غيره وأن تقسم أمواله على ورثته. فمن غاب بحيث لا يعلم أحي هو أم ميت يحكم بكونه مفقوداً بناء على طلب كل ذي شأن. وأحكام المفقود والغائب تخضع للأحكام المقررة في القوانين

---

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق- ص٢٩٦.

(٢) كانت شخصية الانسان قديماً تنتهي فضلاً عن الموت الفعلي بالرق أيضاً. إذ لم تكن للرقيق في المراحل الأولى للقانون الروماني أية شخصية، لان بصيرورة الحر رقيقاً كانت شخصيته القانونية تنتهي . وكانت هنالك تفرقة بين مصطلح الشخص الطبيعي والانسان في القانون الروماني، بحيث ان العبد- وهو انسان طبعاً – لم يكن شخصاً من الناحية القانونية. وكذلك بعض الشرائع الحديثة والى عهد قريب كانت تعترف بما يسمى(بالموت المدني)، كعقوبة تبعية لبعض الجرائم الخطيرة تمحو عن المحكوم عليه صفة الشخص في نظر القانون لعدم تمتعه بخصائص الشخصية من تصرف وأهلية أداء وأهلية وجوب. والقوانين الحديثة وان ألغت الموت المدني،إلا أنها اعتبرت المحكوم عليه ببعض العقوبات الجنائية بحكم المحجور عليه بحيث لا تكون له أهلية التصرف في أمواله إلا عن طريق القيم كما في القانون العراقي.(انظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون-المرجع السابق-ص١٥٠ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق- ص ٢٨١ والاستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق –ص ٢٩٥).

الخاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية"[1].

ولهذا يتم أولاً الحكم بكون الغائب مفقوداً بناء على طلب كل ذي شأن ثم يحكم بموته وفقاً لأحكام قانون الأحوال الشخصية وكالآتي: ١- المفقود الذي فقد في جهة معلومة ويغلب على الظن موته يحكم بموته بعد مرور أربع سنين من تاريخ فقده. ٢- المفقود الذي فقد أثر كارثة، كزلزال أو غارة جوية أو في حالة اضطراب الأمن وحدوث الفوضى وما شابه ذلك، يحكم بموته بعد سنة من فقده. ٣- المفقود الذي فقد في جهة غير معلومة ولا يغلب على الظن هلاكه فيفوض أمر المدة التي يحكم بموته فيها إلى القاضي على أن تكون تلك المدة كافية في أن يغلب على الظن موته، وفي كل الأحوال لا بد من التحري عليه بالوسائل التي يراها القاضي كافية للتوصل إلى معرفة ما إذا كان حياً أو ميتاً "[2].

وبعد الحكم بموت المفقود بالصيغة المبينة أعلاه تعتد زوجته اعتباراً من تاريخ الحكم عدة الوفاة وبعد انتهاء مدة العدة تقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت الحكم ويجوز للزوجة أن تتزوج."[3]

وإذا تزوجت زوجة من حكم بوفاة زوجها ثم تحققت حياة الزوج الأول لا ينفسخ النكاح الثاني بعد الدخول، وينفسخ قبل الدخول وتعاد إليه أمواله التي وزعت على الورثة إذا كانت ما تزال موجودة، أما التي استهلكت فليس له حق استردادها"[4].

ثانياً: خصائص الشخص الطبيعي:

خصائص الشخص الطبيعي هي مجموعة المميزات أو الأوصاف التي يتميز بها كل إنسان عن غيره ومن شأنها التأثير في حياته القانونية. فلكل شخص طبيعي مجموعة خصائص يتميز بها عن غيره، مثل الأهلية والذمة المالية والحالة والموطن والاسم، وقد أشار إليها القانون المدني الأردني في الفصل الثاني منه ضمن المواد (٣٠-٤٩)، وعليه لا بد من شرح هذه الخصائص بشيء من الإفاضة وكالآتي:

١- الأهلية:

الأهلية عبارة عن صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه التزامات وتصدر عنه تصرفات مشروعة على وجه يعتد به القانون ويحميه عندما يباشر حقوقه ويستعملها.

---

(١) المادة (٣٢/٢) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (١٧٧) من قانون الأحوال الشخصية.

(٣) المادة (١٧٨) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(٤) المادة (١٧٩) من قانون الأحوال الشخصية الأردني.

فالأهلية نوعان:

أ- أهلية الوجوب

ب- أهلية الأداء.

أ - أهلية الوجوب :

وهي صلاحية الإنسان لأن تكون له حقوق وعليه إلتزامات، أي صلاحيته لوجوب الحقوق والواجبات المشروعة له أو عليه دون حق التصرف فيها. وتثبت أهلية الوجوب لكل إنسان من وقت ميلادها إلى وفاته وتصفية تركته وسداد ديونه، بل وقبل ذلك عندما يكون جنيناً في بطن أمه. فأهلية الوجوب تثبت للجنين ولكنها تكون ناقصة ومقصورة على إمكان ثبوت الحقوق له فقط دون إمكان التزامه بشيء[1]. لان الالتزام يقتضي صدور عمل إرادي أو عمل مادي يرتب هذا الالتزام وكلاهما غير متصور صدورهما من الجنين. فصلاحية الجنين لاكتساب الحقوق تقتصر على الحقوق الناشئة عن القانون والإرادة المنفردة، كأيلولة تركة له من مورثه، أو تلقي وصية موصى بها له. وعلى هذا يصح أن يكتسب الجنين حقاً عن طريق الميراث وعن طريق الوصية ولا يصح أن يكتسب حقاً عن طريق الإرادة، كالحقوق التي يتوقف اكتسابها على القبول بالتعبير عن الإرداة مثل الهبة[2]. لأن الهبة عقد لا ينعقد إلا بالقبول وعليه فإن ثبوتها له يكون معلقاً على ولادته حياً وقبول وليه لها.فبمقتضى المادة(٥٥٨/١) من القانون المدني الأردني لا تنعقد الهبة إلا(بالإيجاب والقبول) ولا تتم إلا بالقبض. ولهذا قد لا تكون للإنسان صلاحية اكتساب الحقوق كلها رغم تساوي الناس جميعاً في الحقوق والواجبات أمام القانون. وعلى ذلك تكون أهلية الوجوب على نوعين. أهلية وجوب تامة، وأهلية وجوب ناقصة تبعاً لما إذا كان الشخص يتمتع بأهلية اكتساب جميع الحقوق أو بقسم منها، والقانون هو الذي يتولى بيان ذلك [3].

ب - أهلية الاداء:

وهي صلاحية الإنسان لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به القانون ويحميه، وبهذا تختلف أهلية الأداء عن أهلية الوجوب. فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان لثبوت الحقوق والواجبات له أو عليه، ولذلك فهي تكتسب بمجرد الميلاد، وحتى

---

(١) هناك رأي في الفقه الإسلامي يذهب إلى ثبوت الالتزام على ما يؤول الى الجنين ، كما في ضرورة اخراج الزكاة مما آل إليه من مال إرثاً أو وصية .

(٢) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق-ص ٢٩٤ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- المرجع السابق-ص ٢٧٢.

(٣) كحرمان الأجانب من حق تملك العقارات في بعض الدول وحرمان قاتل مورثه من حق تملك ارثه وعدم امكان تمتع الجنين بالحقوق التي يتوقف اكتسابها على القبول كالهبة، وحرمان المحكوم عليه بعقوبة جنائية معينة من حق الانتخاب. ... الخ.

قبل الميلاد بالنسبة للجنين. بينما أهلية الأداء لا تثبت للإنسان إلا إذا بلغ سناً معينة ولم يتعرض لعارض من عوارض الأهلية. لأن هذه الأهلية عبارة عن صلاحية الإنسان لممارسة حقوقه بنفسه وإلزام نفسه بالتزامات مالية أيضاً بصورة يعتمدها القانون ويحميها. ويترتب على ذلك إمكان تمتع الإنسان بأهلية الوجوب فقط دون أهلية الأداء أو بأهلية الوجوب وأهلية الأداء معاً. ومناط أهلية الأداء هو التمييز. فهي تدور معه وجوداً ونقصاناً وانعداماً . فإذا كان تمييز الإنسان تاماً كانت أهلية الأداء تامة وإذا كان تمييزه ناقصاً كانت أهلية الأداء ناقصة، وإذا انعدم التمييز انعدمت معه أهلية الأداء. وقبل أن نشرح مدى تمتع الإنسان بأهلية الأداء من خلال أدوار حياته المرتبطة بهذه الأهلية وعوارضها، لا بد من أن نحدد أنواع التصرفات القانونية التي يمكن أن يزاولها. لأن أهلية الأداء هي أهلية إبرام التصرفات القانونية التي تكون على ثلاثة أنواع هي:-

١- تصرفات نافعة نفعاً محضًا تغني من تقع لمصلحته، كالوصية بالنسبة للموصى له وتسمى (أعمال الاغتناء).
٢- تصرفات ضارة ضرراً محضاً تؤدي إلى افتقار ذمة من يقوم بها. كالتبرع بالمال بالنسبة للمتبرع، والإبراء من الدين بالنسبة للدائن، والوصية بالنسبة للموصي، وتسمى (أعمال التبرع).
٣- تصرفات دائرة بين الضرر والنفع.فإذا وردت على الشيء للتصرف فيه بعوض تسمى(أعمال التصرف) كالبيع والشراء، وإذا وردت لاستغلال الشيء لا للتصرف فيه تسمى (أعمال الإدارة) كالإيجار بالنسبة للمؤجر.

ولأجل بيان مدى تمتع الإنسان بأهلية الأداء ومدى صلاحيته لمباشرة التصرفات القانونية كلها أو بعضها تقسم حياته إلى أربعة أدوار هي :

أ- الجنين في بطن الأم:

وله أهلية وجوب ناقصة وليست له أهلية الأداء مطلقاً، ولهذا تودع أمواله وحقوقه في يد أمينة لحين ولادته حياً.

ب- الصبي غير المميز:

ويبدأ هذا الدور من يوم الميلاد إلى ما قبل إكمال السابعة من العمر، فيعتبر فاقداً للتمييز، لأن سن التمييز سبع سنوات كاملة[1]، وليست له أهلية الأداء، ولا

---

(١) المادة (٣/١١٨) من القانون المدني الأردني.

يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية[1] وحق التصرف في ماله. إذ ليس له أن يبرم بنفسه أي نوع من أنواع التصرفات القانونية حتى تلك التي تنفعه نفعاً محضًا، كقبول هبة خالصة. كما ليس له إجراء التصرفات الضارة ضرراً محضا كالتبرع بمال له للغير، وكذلك ليس له إجراء التصرفات الدائرة بين الضرر والنفع كبيع مال له أو شراء سيارة لنفسه، وإذا باشر أي تصرف في حقوقه بنفسه يعتبر تصرفه باطلاً ولو بإذن من وليه. فجميع تصرفاته باطلة[2]. ولذلك ينوب عنه الولي في مباشرة التصرفات القانونية المتعلقة بحقوقه[3].

جـ- **الصبي المميز:** ويبدأ هذا الدور بتمام السابعة من العمر إلى سن البلوغ، فيكون للصبي المميز الذي أكمل السابعة من عمره أهلية أداء كاملة بالنسبة للقيام بأعمال الاغتناء بحيث يستطيع قبول التصرفات النافعة نفعاً محضاً، كقبول وصية دون موافقة وليه. ولكن ليس له القيام بأعمال التبرع (التصرفات الضارة ضرراً محضاً)، كالتبرع للغير أو إبراء مدينه من دين ولو بإذن وليه. لأن الإذن إجازة والإجازة لا تلحق العقد الباطل، وينوب عنه في مباشرة هذه التصرفات وليه.[4]

أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين الضرر والنفع، فله القيام بها ولكنها تبقى موقوفة على إجازة وليه في الحدود التي يجوز له فيها التصرف ابتداء أو إجازة القاصر نفسه بعد بلوغه سن الرشد[5].

ومن جهة أخرى أجاز القانون المدني للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم الصغير المميز إذا أكمل الخامسة عشرة من عمره مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة على سبيل التجربة. ويكون الإذن مطلقاً أو مقيداً. وإذا توفى الولي الذي أذنَ للصغير أو انعزل من ولايته لا يبطل إذنه. وللولي أن يحجر الصغير المأذون ويبطل الإذن ويكون حجره على الوجه الذي أذِنَه به. وللمحكمة أن تأذن للصغير المميز عند

---

(١) تنص المادة(١/٤٤) من القانون المدني الأردني على انه:(لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقداً التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون.). وتنص المادة (١١٧) منه على أن: (ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة).

(٢) تنص المادة (٤٦) من القانون المدني الأردني على أن :(يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال في أحكام الولاية أو الوصاية أو القوامة للشروط ووفقاً للقواعد المقررة في القانون) و تنص المادة (١٢٣) منه على ان :(ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة).

(٣) و تنص المادة(٤٤) من القانون المدني الأردني على أنه:(١- لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن أو عته أو جنون. ٢- وكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز).

(٤) المادة (١/١١٨) من القانون المدني الاردني.

(٥) المادة (٢/١١٨) من القانون المدني الأردني.

امتناع الولي عن الإذن له، وليس للولي أن يحجر عليه بعد ذلك، وإنما للمحكمة بعد الإذن أن تعيد الحجر على الصغير. والصغير المميز المأذون في التصرفات الداخلة تحت الإذن كالبالغ سن الرشد[1].

د- البالغ سن الرشد:

ويبدأ هذا الدور بتمام ثماني عشرة سنة شمسية كاملة[2] إلى الوفاة . إذ تكون للإنسان أهلية أداء كاملة تمكنه من القيام بجميع أنواع التصرفات القانونية بنفسه مالم يعترض أهليته هذه عارض من عوارض الأهلية. فكل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية[3].

عوارض الأهلية:

قد يبلغ الإنسان سن الرشد ويصبح كامل الأهلية ثم يعتري أهليته عارض فيجعلها ناقصة أو معدومة. وعوارض الأهلية هي :-

١- الجنون :

الجنون آفة تصيب قوى الإنسان العقلية فتعدم تمييزه وتذهب عقله ورشده وتعطل إرادته وادراكه وتفقده أهلية الأداء، وتجعله في حكم الصبي غير المميز، وهو محجور لذاته كالصغير دون حاجة إلى صدور حكم بذلك من المحكمة ويدير أعماله وليه أو وصيه[4]، ولكن القانون المدني الأردني تأثر بأحكام الشريعة الإسلامية فميز بين المجنون جنوناً مطبقاً والمجنون جنوناً غير مطبق. إذ اعتبر المجنون جنوناً مطبقاً الذي لا يفيق من جنونه أبداً في حكم الصبي غير المميز وجعل تصرفاته باطلة. أما المجنون جنوناً غير مطبق الذي يفيق فترات من جنونه، فإن تصرفاته القانونية خلال فترات الإفاقة تعتبر صحيحة ونافذة كتصرفات العاقل[5].

٢-العته :

العته خلل يصيب القوى العقلية للإنسان فيضعفها، دون أن يعدم أهليته كلياً، وإنما

---

(١) انظر المواد (١١٩-١٢٣) من القانون المدني الأردني.

(٢) تنص المادة (٢/٤٣) من القانون المدني الأردني على ان:(سن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة) .

(٣) المادة (١/٤٣) من القانون المدني الأردني.

(٤) تنص المادة (١/١٢٧) من القانون المدني الأردني على ان :(الصغير والمجنون والمعتوه محجورون لذاتهم).

(٥) تنص المادة (٢/١٢٨) من القانون المدني الأردني على ان:(٢- المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز . أما المجنون غير المطبق فتصرفاته في حال إفاقته كتصرف العاقل).

ينقصها ويجعل الشخص قليل الفهم، سيئ التدبير يتخبط في الكلام مع انه هادئ لا يضرب ولايشتم ويشبه العقلاء من ناحية والمجانين من ناحية أخرى وهو محجور عليه لذاته أيضاً شأنه في ذلك شأن الصغير والمجنون دون حاجة إلى صدور حكم بذلك من المحكمة[1]، ويعد في حكم الصبي المميز.

٣- السفه :

وهو خفة ناتجة عن ضعف في بعض ملكات النفس تعتري الإنسان فتحمله على إنفاق أمواله على غير مقتضى العقل والشرع وتبذيرها بصرفها على أوجه لا تعود عليه بالنفع، كالإسراف في القمار والصرف على الأصدقاء، ولكن القانون المدني الأردني لم يعتبر السفيه محجوراً لذاته، بل أوجب صدور حكم بحجره من المحكمة وعندئذٍ يصبح في حكم الصبي المميز، حيث تنص المادة (٢/١٢٧) منه على ذلك بقولها:(٢- أما السفيه وذو الغفلة فتحجر عليهما المحكمة وترفع الحجر عنهما وفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون. ٣- يبلغ قرار الحجر للمحجور ويعلن للناس سببه وتكون تصرفاته قبل ذلك نافذة).

فالتصرفات الصادرة عن السفيه قبل صدور قرار الحكم بالحجر عليه تبقى صحيحة إلا إذا وقعت غشاً بطريق التواطؤ مع من تعامل معه توقعاً للحجر.

وإذا عاد السفيه إلى رشده رفعت المحكمة الحجر عنه. والولاية على السفيه هي للمحكمة أو وصيها، لأن المادة (١٢٩) من القانون المدني تنص على أن:(١- يسري على تصرفات المحجور للغفلة أو السفه ما يسري على تصرفات الصبي المميز من أحكام ولكن ولي السفيه المحكمة أو من تعينه للوصاية وليس لأبيه أو جده أو وصيهما حق الولاية عليه. ٢- أما تصرفاته قبل الحجر فمعتبرة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ).

٤- الغفلة:

الغفلة ليست خللاً في العقل ، بل هي عدم تمرس أو خبرة في التصرفات، بحيث لا يهتدي ذو الغفلة إلى معرفة التصرف الرابح من الخاسر، فيكون هدفاً للمستغلين الذين يبتزون منه الأموال ويغبن دائماً في المعاملات وينخدع بسهولة، ولكنه غير محجور عليه لذاته ، بل لا بد من صدور حكم من المحكمة بالحجر عليه[2]، ويصبح بعد صدور حكم الحجر عليه من المحكمة في منزلة الصبي المميز، ولا يمكن رفع الحجر إلا بحكم المحكمة أيضاً ووفقاً للقواعد والإجراءات المقررة في القانون . وعند صدور قرار الحكم بالحجر من

---

(١) انظر في المادتين (١/١٢٧) و (١/١٢٨) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (٢/١٢٧) من القانون المدني الأردني.

المحكمة يبلغ حكم المحكمة للمحجور ويعلن للناس سببه، ولكن تصرفاته قبل صدور حكم المحكمة بالحجر عليه تبقى نافذة ومعتبرة إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ[1].

٥- اجتماع اكثر من عاهة :

إذا تعذر على شخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له وصياً يعاونه في التصرفات التي تقتضي مصلحته فيها ذلك[2].

فالأصل ان العاهات البدنية لا تؤثر في أهليــة الإنسان، كالعمى والصمم والبكم، ولـكن الإنسـان الذي يصاب بأكثر من عاهة واحدة من هذه العاهات قد يصعب أو يمتنع عليه التعبير عن إرادته عند إجراء بعض التصرفات القانونية كالوصية، فيحتاج في هذه الحالة إلى مساعد لإجراء تصرفاته القانونية، ولذلك أجاز المشرع للمحكمة تعيين وصي مساعد لهذا الغرض، ولكن تعيين هذا المساعد لا ينتقص من أهلية أداء المحتاج إلى المساعدة طبقاً للقانون المدني الأردني[3]. لأنه لا يوجد أي نقص في أهلية أدائه أصلاً وهو كامل التمييز، وإنما فيه عجز يعرقل قدرة تعبيره عن إرادته، وهذا العجز ليس عارضاً من عوارض الأهلية. ويجوز للمحكمة أن تحدد تصرفات هذا الوصي عند تعيينه بتلك التي ترى ان من الضروري قصر تدخله فيها[4].

٦- حالة المحكوم عليه بالاعتقال او بالاشغال الشاقة او بالإعدام:

وفي قوانين بعض الدول هناك حالة أخرى تترتب كنتيجة تبعية لبعض العقوبات الجنائية وتؤدي إلى تقييد أهلية الأداء، وهي حالة المحكوم عليه بالاعتقال المؤبد أو المؤقت أو بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو بالإعدام التي يستتبعها عادة تقييد أهلية أداء المحكوم عليه وحرمانه من إدارة أمواله والتصرف فيها. فمثلاً تنص المادة (٩٧) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ على أن : (الحكم بالسجن المؤبد أو المؤقت يستتبعه بحكم القانون من يوم صدوره إلى تاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة أو انقضائها لأي سبب آخر حرمان المحكوم عليه من إدارة أمواله أو التصرف فيها بغير الإيصاء والوقف إلا بإذن من محكمة الأحوال الشخصية أو محكمة المواد الشخصية التي يقع ضمن منطقتها محل إقامته. وتعين المحكمة المذكورة، بناء على طلبه أو بناء على طلب الادعاء العام أو كل ذي مصلحة في ذلك قيماً لإدارة أمواله ويجوز لها أن تلزم القيم الذي عينته بتقديم

(١) المادة (١٢٩/٢) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (١٣٢) من القانون المدني الأردني.

(٣) انظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون- المرجع السابق-ص١٥٨-١٥٩.

(٤) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق- ص٢٩٨.

كفالة ولها أن تقدر له أجراً ويكون القيم تابعاً لها وتحت رقابتها في كل ما يتعلق بقوامته.وكل عمل أو إدارة أو تصرف متعلق بأموال المحكوم عليه يصدر دون مراعاة ما تقدم يكون موقوفاً على إجازة المحكمة المشار إليها في الفقرة السابقة. وترد للمحكوم عليه أمواله عند انتهاء مدة تنفيذ العقوبة أو انقضائها لأي سبب آخر، ويقدم له القيم حساباً عن إدارته).

كما نصت المادة (٩٨) منه على نفس الأحكام بالنسبة للمحكوم عليه بعقوبة الإعدام التي يستتبعها حرمان المحكوم عليه من يوم صدورها إلى وقت تنفيذها من إدارة أمواله وتعيين قيم له[1].

واننا نعتقد بأن ما ذكرناه يجب أن يُتبع من الناحية العملية في المملكة الأردنية الهاشمية بالنسبة للمحكوم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة أو بالاعتقال المؤبد أو المؤقت أو بالإعدام رغم عدم ورود نص بذلك في القانون المدني وقانون العقوبات الأردني.إذ لم يرد في التشريع الأردني أي نص بهذا الخصوص سوى المادة (٢٤٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية رقم ٩ لسنة ١٩٦١ التي حرمت المتهم الفار المحكوم عليه غيابياً من التصرف بأمواله، حيث توضع أمواله تحت إدارة المحكمة.

٢- الذمة المالية :

لكل شخص طبيعي ذمة مالية. والذمة المالية عبارة عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية في الحال أو في المستقبل. ومن هذا التعريف يتضح لنا ان ذمة الشخص المالية تتكون من عنصرين هما :

عنصر إيجابي:

وهو مجموع الحقوق المالية(الأموال) المتعلقة فعلاً بالشخص في الحال أو التي ستتعلق به في المستقبل .

عنصر سلبي:

وهو مجموع الالتزامات المالية (الديون) المترتبة فعلاً على الشخص في الحال أو التي ستترتب عليه في المستقبل.

فتكون الذمة المالية دائنة وموسرة إذا زاد العنصر الإيجابي فيها عن العنصر السلبي، وتكون مدينة ومعسرة إذا زاد العنصر السلبي فيها عن العنصر الإيجابي. والذمة المالية ترتبط بالشخصية ولا تنشأ مستقلة بذاتها ، بل تستند في وجودها إلى شخص

---

(١) انظر مؤلفنا- مذكرات في مبادئ القانون- نظرية الحق- مؤسسة الأنوار - مسحوبة بالرونيو-الرياض / ١٩٧٠-ص١٤.

معين. ومن خصائصها ما يلي:-

أ- لكل شخص ذمة مالية حتى للجنين بمجرد ثبوت صلاحيته لأن تكون له أو عليه حقوق والتزامات مالية ولو لم يكن فيها أي مال في الحال.

ب- الذمة المالية لا تشمل إلا الحقوق والالتزامات المالية، فلا تدخل فيها الحقوق السياسية والحقوق العائلية والحقوق العامة ولا الالتزامات العامة.

جـ- الذمة المالية لا تثبت إلا للأشخاص، فلا تثبت للحيوان والجماد.

د- الذمة المالية ملازمة للشخصية وهي واحدة غير قابلة للتعدد والتجزئة والتنازل عنها. فإذا تنازل أحدهم عن جميع ماله وما عليه من حقوق والتزامات مالية لشخص آخر لا يصح القول بانه أصبح بدون ذمة مالية وان الثاني أصبحت له ذمتان ماليتان. وعليه لا تنتهي الذمة المالية للشخص إلا بوفاته وانقضاء شخصيته.

فائدة الذمة المالية :

من فوائد الذمة المالية انها الضمان العام لحقوق الدائنين، لا في حق من الحقوق المالية التي يملكها المدين، بل في جميع الحقوق المالية التي يملكها في الحال أو في المستقبل، ويتساوى جميع الدائنين في هذا الضمان العام. فعند وفاة الشخص تصفى تركته ويستوفي دائنوه منها ديونهم أولاً وما تبقى منها يتم توزيعه على الورثة حسب استحقاقهم، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون .

٣- الاســـم:

لكل شخص طبيعي اسم شخصي ولقب عائلي يتميز بهما عن سائر الأشخاص ويلحق لقبه بأسماء أولاده بحكم القانون[١] . ويستعمل الاسم العائلي في الغرب أكثر من الاسم الشخصي، فيقال مثلاً (عائلة باريت) ويعرف جميع أفراد العائلة بهذا الاسم العائلي في المجتمع، مثل (مستر باريت) و (مسز باريت) . وكذلك تتسمى الزوجة في الغرب بإسم زوجها وتحتفظ بالاسم إذا ترملت بوفاة زوجها وتفقده إذا افترقت عنه.

أما في الشرق فإن استعمال الاسم الشخصي هو الشائع واقعياً لأفراد العائلة وخاصة الزوجة التي قد تبقى محتفظة بإسمها العائلي ولا تتلقب بالاسم العائلي لزوجها.

والاسم غير قابل للتنازل عنه أو نقله للغير ببدل أو بدون بدل ولا يسقط بالتقادم حتى وان تركه صاحبه فترة من الزمن ثم عاد إليه ويظل الإنسان محتفظاً بإسمه ما بقيت شخصيته. كما لا يجوز تغييره أو تصحيحه إلا بعد إجراءات قانونية تتخذ أمام المحكمة

---

(١) المادة (٣٨) من القانون المدني الأردني.

المختصة ونشر قرار المحكمة بالتغيير أو التصحيح في الصحف المحلية.[1] فلا يجوز إجراء أي تغيير أو تصحيح في قيود الأحوال المدنية المدرجة في سجل الواقعات والسجل المدني بالنسبة للاسم إلا بناء على قرار يصدر من محكمة الصلح. وإذا انتحل أحدهم اسم شخص آخر فلصاحب الاسم حق مطالبته أمام القضاء بوقف الاعتداء على اسمه وإلزامه بدفع التعويض عن الأضرار التي نتجت عن هذا الانتحال[2].

٤- الحالــــة :

ولكل شخص حالة تؤثر في حياته القانونية، لأنه تترتب عليها حقوق وواجبات لا يستطيع الفرد التحلل منها إلا بالطرق القانونية، من حيث انتسابه لأسرة معينة ولدين معين ولجنسية معينة[3]، وعليه لا بد من شرح كل ذلك بشيء من الإيجاز.

أ- انتساب الشخص لأسرة معينة (الحالة العائلية):

لكل إنسان أسرة ينتسب إليها و يكون عضواً فيها. وأسرة الشخص تتكون من مجموع الأشخاص الذين تجمعهم صلة القرابة، سواء أكانت هذه القرابة قرابة نسب أم قرابة مصاهرة.

وقرابة النسب: هي القرابة الطبيعية المستندة إلى رابطة الدم. أي وحدة الدم المشترك واشتراك الأشخاص في أصل واحد، حيث تتكون أسرة الشخص من ذوي قرباه، ويعتبر من ذوي القربى كل من يجمعهم أصل مشترك[4].

وقرابة النسب: إما أن تكون (قرابة مباشرة) أو (قرابة غير مباشرة- قرابة الحواشي) وكالآتي:

أ- القرابة المباشرة:

وهي الصلة التي تتحقق بين اناس ينزل أحدهم من صلب الآخر مباشرة وينحدرون جميعاً من أصل و احد، بحيث يعتبر كل واحد منهم أصلاً أو فرعاً للآخر(الأصول والفروع). فالقرابة المباشرة هي الصلة ما بين الأصول والفروع[5].

و(الأصل) هو من نزل منه الشخص، كالأب وان علا والأم وان علت، و(الفرع) هو

---

(١) المادة (٣٨) من قانون الأحوال الشخصية رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٣.

(٢) تنص المادة (٤٨) من القانون المدني الأردني على ان :(لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر).

(٣) المواد (٣٤-٣٨) من القانون المدني الأردني.

(٤) المادة (٣٤-٣٨) من القانون المدني الأردني.

(٥) المادة (١/٣٥) من القانون المدني الأردني.

من انحدر من الأصل، كالابن وفروعه وان نزلوا . وتحسب درجة القرابة المباشرة باعتبار كل فرع درجة عند الصعود إلى الأصل مع عدم احتساب هذا الأصل. إذ يراعى في حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل"[1].

فالقرابة بين الابن وأبيه هي من الدرجة الأولى وبينه وبين جده لأبيه هي من الدرجة الثانية ... إلخ.

ب - *القرابة غير المباشرة (قرابة الحواشي)*:

وهي الرابطة ما بين أشخاص يجمعهم أصل مشترك واحد دون أن يكون أحدهم أصلاً أو فرعاً للآخر، سواء أكانوا من المحارم أم من غير المحارم"[2]، كالقرابة بين الأخ وأخيه والأخ واخته وعمه وخاله وان نزلوا.

و عند حساب درجة قرابة الحواشي تعد الدرجات صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة"[3].

فالأخ يعتبر من الدرجة الثانية بالنسبة لأخيه. لأن الأصل المشترك بينهما هو الأب وكل منهما يعد درجة بالنسبة إلى الأصل المشترك الذي هو الأب ، فالمجموع هو درجتان. ودرجة القرابة بين ابن الأخ والعم هي الثالثة، لان بينهما الأب الذي هو أخ العم ثم الجد وهو الأصل المشترك ثم العم نفسه فصاروا جميعاً أربعة، وحيث لا يحسب الأصل وهو الجد في درجة القرابة، يصير العم من حيث قرابته لابن أخيه في الدرجة الثالثة، وعلى هذا الترتيب تكون درجة ابن العم الرابعة .

أما قرابه المصاهرة، فهي التي تنشأ بسبب الزواج بين أحد الزوجين وأقارب الزوج الآخر، بحيث يعتبر أقارب أحد الزوجين في نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر"[4].

وتحسب درجة القرابة في المصاهرة كما تحسب في قرابة النسب، بحيث يعتبر الزوج قريباً من الدرجة الأولى لأب زوجته أو أمها وقريباً من الدرجة الثانية لأخيها وهكذا.

وتترتب على قرابة المصاهرة وقرابة النسب نتائج قانونية تتصل بحل الزواج وحرمته، وحقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين وبين الآباء والأبناء وبين الأقارب . . .إلخ.

---

(١) المادة (٣٦) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (٢/٣٥) من القانون المدني الأردني.

(٣) الفقرة الأخيرة من المادة (٣٦) من القانون المدني الأردني.

(٤) المادة (٣٧) من القانون المدني الأردني.

ب- انتساب الشخص لجنسية معينة(الحالة السياسية)،

وينتسب الشخص لدولة معينة بالجنسية التي هي رابطة قانونية سياسية تربط شخصاً بدولة معينة وتجعله أحد أعضاء شعبها، ويترتب على ثبوتها للشخص التمتع بحقوق لا يتمتع بها الأجنبي، كالحقوق السياسية أو الدستورية وحق تولي الوظائف العامة والتملك والعمل وحمل جواز السفر وما يوفره هذا الجواز له من حماية البعثات الدبلوماسية التابعة لدولته في الخارج. ومقابل هذه الحقوق يلتزم المتمتع بجنسية الدولة بأعباء عامة لا يلتزم بها الأجنبي، مثل أداء الخدمة العسكرية الإلزامية واحترام قوانين الدولة. فيترتب على التمتع بالجنسية حقوق والتزامات متبادلة بين الفرد والدولة بحيث يختلف المركز القانوني لمن يتمتع بها (الوطني) عن المركز القانوني لمن لا يتمتع بها(الأجنبي).

وفي المملكة الأردنية الهاشمية ينظم قانون الجنسية رقم ٦ لسنة١٩٥٤ المعدل حالات وشروط فرض واكتساب وفقدان واسترداد الجنسية الأردنية والحقوق التي يترتب على التمتع بها.

جـ- انتساب الشخص لدين معين (الحالة الدينية)،

وينتسب الشخص لدين معين، لأن للدين الأثر الكبير في الحالة الشخصية للإنسان، خاصة ان مسائل الأحوال الشخصية للإنسان قد تخضع لقواعد دينه في بعض الدول، فتختلف بذلك الأحكام التي تنظم الحقوق والواجبات في هذه المسائل باختلاف دين الشخص، كالمهر والنفقة والإرث والطلاق والزواج والحضانة . .إلخ. و اختلاف الدين قد يكون مانعاً من موانع الميراث والزواج[1] .

٥- الموطن :

الموطن مكان تكون للشخص صلة به بحكم استقراره الشخصي أو العائلي فيه أو اتخاذه مركزاً لأعماله. أي المقر القانوني للشخص فيما يتعلق بنشاطه القانوني وعلاقته مع غيره من الأشخاص، بحيث يعتبر موجوداً فيه على الدوام وتوجه إليه المعاملات والتبليغات القانونية والقضائية في هذا المكان وإن تغيب عنه بصورة مؤقتة، وهو بذلك أداة لتوزيع الأفراد جغرافياً بين الدول وظرف إسناد كالجنسية تماماً لتعيين القانون الواجب تطبيقه والمحكمة المختصة وحل تنازع القوانين في القضايا المشوبة بعنصر أجنبي في القانون الدولي الخاص. وذلك لأن القانون يرتب على تحديد الموطن أهمية في حل المنازعات المتعلقة بتنازع الاختصاص التشريعي والاختصاص القضائي الدولي عندما يعطي الاختصاص فيهما لقانون

---

(١) المادة (٣٣) من قانون الأحوال الشخصية .

الموطن، خاصة في قضايا الأحوال الشخصية بالنسبة لعديم الجنسية، أو بصورة عامة في بعض الدول. فالقانون الانكليزي مثلاً يعطي الاختصاص في مسائل الأحوال الشخصية بصورة عامة لقانون الموطن لا لقانون الجنسية.

كما ان للموطن أهمية بالنسبة للوفاء بالالتزامات التي يكون محلها من المثليات أو شيئاً معيناً بالذات، حيث يكون الوفاء في موطن المدين. وتخضع الالتزامات التعاقدية لقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً[1].

وللموطن ركنان: مادي ويتحقق بالإقامة المعتادة في إقليم دولة معينة. ومعنوي ويتحقق بتوفر نية البقاء لدى المقيم عند الإقامة المعتادة، وبذلك يختلف الموطن عن محل الإقامة المعتادة الذي لا يتوفر فيه سوى الركن المادي دون الركن المعنوي . فالدولة الأجنبية التي يدرس أو يتعالج أو يسجن فيها شخص لا يعتبر إقليمها موطناً لهذا الشخص لعدم توفر نية البقاء لديه طيلة مدة مكوثه.

والمشرع الأردني عرف الموطن بأنه: (المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة)، ولهذا يجوز أن يكون للشخص أكثر من موطن واحد، وإذا لم يكن للشخص مكان يقيم فيه عادة فإنه يعتبر بلا موطن[2].

والموطن على أنواع :

١- فهناك (الموطن العام)، وهو الموطن الاختياري الذي يتخذه الشخص بعد بلوغه سن الرشد بإرادته واختياره. علماً ان اكتساب الموطن العام الاختياري في دولة معينة لا يعني بالضرورة اكتساب جنسية تلك الدولة.

٢- وهناك (الموطن الإلزامي أو القانوني أو الحكمي) الذي يقرره القانون حكماً لبعض الأشخاص حماية لمصالحهم، دون دخل لإرادتهم في اختياره، كالموطن الإلزامي الذي يكتسبه المفقود والغائب والمحجور عليه لصغر السن أو الجنون أو العته أو السفه أو الغفلة تبعاً لموطن وليهم أو وصيهم أو قيمهم. فموطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً[3].

٣- وهناك (موطن القاصر المأذون)، حيث أجاز القانون للقاصر الذي بلغ خمس عشرة سنة ومن في حكمه اتخاذ موطن خاص بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التي يعتبره القانون

---

(١) المادة (١/٢٠) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (٣٩) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (١/٤١) من القانون المدني الأردني.

أهلاً لمباشرتها[1].

٤- وهناك (الموطن المختار) الذي يتخذه الشخص لتنفيذ عمل قانوني معين ولا يجوز إثبات وجوده إلا بالكتابة، كأن يتخذ أحد الأشخاص من مكتب محاميه موطناً مختاراً لعمل معين، فيكون المكتب موطناً مختاراً لكل ما يتعلق بذلك العمل من إجراءات قانونية بما في ذلك إجراءات التنفيذ الجبري، إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى[2].

٥- وهناك (الموطن الخاص أو موطن الأعمال أو الموطن التجاري أو الحرفي)، وهو المكان الذي يباشر فيه الشخص أعمال تجارة أو صناعة أو حرفة معينة، فضلاً عن موطنه العام الذي يباشر فيه أعماله الأخرى غير المتعلقة بتلك التجارة أو الصناعة أو الحرفة، وهذا المبدأ تطبيق لفكرة جواز تعدد الموطن، حيث اعتبر المشرع المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة معينة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة[3].

المطلب الثاني
الشخص الحكمي او المعنوي او الاعتباري

شخص الحق لا يقصد به الإنسان فقط بل يشمل الشخص الحكمي أيضاً رغم اختلافه عن الشخص الطبيعي من حيث ان للأخير حياة طبيعية وإرادة محسوسة منبثقة من هذه الحياة، في حين ان إرادة وحياة الشخص الحكمي اعتبارية غير محسوسة أوجدت لضرورتها في المجتمع تحقيقاً لأوجه النشاط القانوني المفيد لمجموعة من الأشخاص أو الأموال، تتوحد جهودهم في سبيل غاية من الغايات التي قد تكون مادية، كالحصول على الربح في الشركات، أو تحقيق مصلحة عامة أو خاصة دون استهداف الربح، كما في الجمعيات الخيرية والتعاونية والرياضية. ففي هذه المجالات تعتبر مجموعات الأشخاص أقدر على تحقيق كبير الأعمال والأغراض المفيدة التي يعجز الإنسان بمفرده عن تحقيقها نظراً لمحدودية إمكاناته، ولأن بعض المشروعات يستغرق تحقيقها زمناً طويلاً يتجاوز عمر الإنسان، خاصة ان حياة الإنسان محدودة، فتكون هيئات الأشخاص أخلد من الفرد وتعيش أجيالاً وقروناً

(١) المادة (٢/٤١) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة(٣/٤٢) من القانون المدني الاردني.

(٣) المادة (٤٠) من القانون المدني الأردني. وللوقوف على تفاصيل الموطن وأنواعه واكتسابه وفقدانه واسترداده وأركانه وأهميته راجع مؤلفنا. القانون الدولي الخاص- النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما ، في القانون العراقي - الطبعة الأولى-المرجع السابق- ص٥-٧٥ والمواد (٣٩-٤٢) من القانون المدني الأردني.

وتكون أقدر على تحقيق أغراض كثيرة في ميادين العلم والفن والدين والخير والتجارة والاقتصاد والرياضة والثقافة وكافة مجالات النشاط البشري الأخرى دون أن يهددها موت إنسان معين أو مرضه أو عجزه عن العمل. وخير مثال على ذلك كما ذكرنا الجمعيات الثقافية والشركات والأندية الرياضية ... إلخ.

والوقف الإسلامي الذي جرى عليه المسلمون خلال قرون طويلة ليس إلا نوعاً من المؤسسات ذات الشخصية الحكمية.[1]

فالشخص الحكمي إذن هو مجموعة من الأشخاص أو الأموال التي ترمي إلى تحقيق غرض معين مادي أو غير مادي ويمنحها القانون الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض. فالقانون هو الذي ينظم كيفية منح الشخصية الحكمية لهذه المجموعات من الأشخاص والأموال، وقد آثر المشرع الأردني تسميته بـ(الشخص الحكمي)، وأخضعه لأحكام القوانين الخاصة به[2].

انواع الاشخاص الحكمية :-

حددت المادة (٥٠) من القانون المدني الأردني الأشخاص الحكمية بما يلي:-

١- الدولة والبلديات بالشروط التي يحددها القانون والمؤسسات العامة وغيرها من المنشآت التي يمنحها القانون شخصية حكمية.

٢- الهيئات والطوائف الدينية التي تعترف لها الدولة بشخصية حكمية.

٣- الوقف.

٤- الشركات التجارية والمدنية.

٥- الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً لأحكام القانون.

٦- كل مجموعة من الأشخاص أو الأموال تثبت لها الشخصية الحكمية بمقتضى نص في القانون.

فالأشخاص الحكمية إذن على نوعين :

أ- أشخاص حكمية عامة (الدولة وتشكيلاتها)، من وزارات ووحدات إدارية ومحلية مثل المحافظات والمجالس البلدية والقروية والمؤسسات والمنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية حكمية مستقلة لتقوم بإدارة أحد المرافق العامة.

---

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق-ص٣٠-٣٢ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير - المرجع السابق- ص ٢٩٨ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- المرجع السابق ص٢٨٨

(٢) المادة (٥٢) من القانون المدني الأردني.

ب- أشخاص حكمية خاصة، وهي إما أن تكون جماعة أشخاص، مثل الشركات والجمعيات والنوادي والطوائف الدينية التي يمنحها القانون شخصية حكمية، أو قد تكون مجموعة أموال مثل الأوقاف.

وللتمييز بين النوعين أهمية من حيث القواعد التي تحكم كل نوع.فالأشخاص الحكمية العامة تخضع للقانون العام، لأن الدولة هي التي تقوم بإنشائها ، بينما تخضع الأشخاص الحكمية الخاصة لقواعد القانون الخاص، لأن الأشخاص هم الذين يقومون بإنشائها ، ويترتب على ذلك تمتع الشخص الحكمي العام بحقوق وسلطات لايتمتع بها الشخص الحكمي الخاص.

بدء الشخصية الحكمية:

لا تبدأ الشخصية الحكمية من الناحية القانونية لجماعة أشخاص أو أموال إلا بعد الاعتراف بها من قبل السلطة المختصة في الدولة. وهذا الاعتراف قد يأتي ضمن التنظيم القانوني العام للشروط العامة التي يضعها المشرع.

فإذا توافرت هذه الشروط ثبتت الشخصية الحكمية بقوة القانون دون حاجة إلى صدور قرار لاحق بمنح تلك الشخصية، كالدولة ووحداتها الإدارية والوقف والبلديات والمؤسسات العامة التي يمنحها القانون شخصية حكمية.

أما إذا كان اعتراف الدولة بجماعة الأشخاص أو مجموعة الأموال شرطاً لازماً لإكسابها الشخصية الحكمية، فإنها لا تنشأ إلا بتوافر عنصر مادي فيها هو (الشروط القانونية التي وضعها المشرع مقدما)، فضلاً عن عنصر شكلي هو(اعتراف السلطة المختصة في الدولة بهذا الشخص الحكمي وموافقتها على قيامه)، كالجمعيات والأحزاب السياسية والهيئات والطوائف الدينية والنوادي. ففي هذه الحالة لا تنشأ الشخصية الحكمية بمجرد توافر الشروط القانونية فيها، بل من تاريخ قرار السلطة بالموافقة على قيامها. لأن الدولة تتدخل في الاعتراف بالشخصية الحكمية هنا في كل حالة على حدة وترخص قيامها ترخيصاً خاصاً . فمثلاً يتطلب القانون من الشركات أن تقدم نظامها الداخلي مع طلب إلى وزارة الصناعة و التجارة، لأنها لا تقوم إلا بموجب قرار يصدر من وزارة الصناعة والتجارة بالموافقة على تأسيسها، وهكذا الأمر بالنسبة للجمعية التي يتوجب عليها أن تتقدم إلى وزارة الداخلية بنظام داخلي وطلب لاستحصال موافقتها على إنشاء هذه الجمعية.

خصائص الشخصية الحكمية:

للشخص الحكمي خصائص يتميز بها. إذ انه يتمتع بجميع حقوق الشخص الطبيعي

إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي قررها القانون[1]. فتكون له: أ- ذمة مالية مستقلة. ب- أهلية في الحدود التي يعينها سند انشائه أو التي يقررها القانون جـ -حق التقاضي. د- موطن مستقل . هـ- ويكون له من يمثله في التعبير عن إرادته[2] . وسنشرح هذه الخصائص بشيء من التفصيل.

١- الاهلية:

إذا نشأ الشخص الحكمي تثبت له الشخصية القانونية، فتكون له أهلية الوجوب التي تؤهله لاكتساب جميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الشخص الطبيعي.فمثلاً ليس له التمتع بالحقوق العائلية لتعارض ذلك مع طبيعته.

أما بالنسبة لبقية الحقوق العامة والخاصة، فله التمتع بها بالشكل الذي يتفق مع طبيعته والغرض الذي تأسس من أجله. أي بالقدر اللازم لتحقيق أهدافه وفي الحدود التي قررها القانون. لأن أهليته هذه تتحدد بما يبينه سند إنشائه أو بما يقرره القانون ولا يجوز له أن يتعداه، وهذا ما يعبر عنه بـ(مبدأ التخصيص). وسند إنشاء الشخص الحكمي هو نظام الشركة أو نظام الجمعية أو نظام النادي ... إلخ. ولهذا تكون له أهلية في الحدود التي يعينها سند إنشائه أو التي يقررها القانون[3].

فمثلاً ليست للجمعية الخيرية أهلية القيام بالأعمال التجارية أو تملك العقارات بقصد الاتجار، بل لها حق تملكها بقدر ما يحقق أهدافها، كتملك بناية لمقرها.

أما بالنسبة لأهلية الأداء التي هي صلاحية الشخص للتصرف في الحقوق وتحمل الالتزامات والقيام بالتصرفات القانونية على وجه يعتد بها القانون والتي يكون مناطها التمييز، فلا يمكن تصورها في الشخص الحكمي بحكم اعتبار وجوده وجوداً معنوياً حكمياً رغم انه يملك حق مباشرة جميع أنواع التصرفات القانونية كالشخص الطبيعي البالغ سن الرشد تماماً. إذ له القيام بأعمال الاغتناء وأعمال التبرع وأعمال التصرف بحسب سند إنشائه وبالقدر الذي يحقق أهدافه. ولكن ليس له مباشرة هذه التصرفات بنفسه لأنه لا إرادة له، وإنما يباشرها عن طريق أشخاص طبيعيين يمثلونه قانوناً ويعبرون عن إرادته ويباشرون نشاطه القانوني ويعملون لحسابه، فيكون لهؤلاء القيام بالتصرفات القانونية لحساب الشخص الحكمي الذي يمثلونه مع انصراف آثار هذه التصرفات القانونية مباشرة

---

(١) انظر المادة (١/٥١) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (٢/٥١) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (٥١/٢-ب) من القانون المدني الأردني.

إلى الشخص الحكمي، كالمدير ورئيس مجلس الإدارة ورئيس المؤسسة...إلخ.فلكل شخص حكمي ممثل قانوني يمثله في التعبير عن إرادته[1]. ولا يمكن للشخص الحكمي أن يؤدي بعض الالتزامات، كالخدمة العسكرية الإلزامية لتعارض ذلك مع طبيعته.

٢- الذمة المالية:

وللشخص الحكمي ذمة مالية بمجرد إنشائه واكتسابه الشخصية القانونية تشمل ماله وما عليه من حقوق مالية في الحال أو في المستقبل، وتكون هذه الذمة المالية مستقلة عن الذمم المالية للأشخاص الطبيعيين الذين يكونونه أو يديرونه ويمثلونه[2]. ولذلك لا يجوز لدائني الشخص الحكمي الرجوع على أموال هؤلاء، كما لا يجوز لدائني هؤلاء الرجوع على أموال الشخص الحكمي[3].

وتبدأ الذمة المالية للشخص المعنوي اعتباراً من موافقة السلطة المختصة على تأسيسه وتنتهي بانقضاء هذا التأسيس. أي بفقدانه الشخصية القانونية وحينذاك تصفى أمواله وتقسم على الشركاء إن كان شركة، وإن كان جمعية أو مؤسسة تصفى أمواله لا بتوزيعها على الأشخاص المكونين لها أو الذين يديرونها، وإنما طبقًا لما هو منصوص عليه في سند إنشائه. وإذا كان سند إنشائه لا ينص على كيفية التصرف في هذه الأموال، فيتم تقرير مصيرها وفقاً للقانون، كأن تؤول إلى جمعية مماثلة أو مشابهة لها في الأهداف .

٣- حق التقاضي:

ذكرنا سابقاً ان الشخص الحكمي يتمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الشخص الطبيعي إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان كالحقوق العائلية، فضلاً عن مبدأ التخصص الذي يحدد النشاط القانوني للشخص الحكمي بالغرض الذي أسس من أجله، بحيث لا يتمتع بالحقوق التي لا تفيد تحقيق هذا الغرض، أو يتمتع بها ولكن بالقدر الضروري لتحقيقه. ورغم ان الحقوق المدنية هي للإنسان، إلا أن الشخص الحكمي يتمتع ببعض هذه الحقوق أسوة بالشخص الطبيعي لأنها ضرورية لكيانه واستمراره في النشاط القانوني المؤدي إلى تحقيق الغرض الذي انشئ من أجله، كحق التعامل وحق العمل وممارسة النشاط الاقتصادي وحق تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة بالقدر اللازم لتحقيق غرضه وحق

(١) المادة (٣/٥١) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (١/٢/٥١) من القانون المدني الأردني.

(٣) ان هذه القاعدة ليست مطلقة فهناك أموال يسأل فيها الشخص الطبيعي عن ديون الشخص الحكمي كما في حالة شركات التضامن. إذ تنص المادة (٥٩٩) من القانون المدني الأردني على انه : (١-إذا كانت الشركة مدينة بدين متصل باغراض الشركة ولم تف به أموالها لزم الشركاء في أموالهم الخاصة ما بقي من الدين بمقدار نصيب كل منهم في خسائر الشركة ٢- أما إذا اشترط تكافل الشركاء في عقد الشركة فإنهم يتحملون الدين جميعاً بالتضامن).

المحافظة على مقره وأمواله في حماية السلطة ضد أي اعتداء وعدم إيقافه عن ممارسة النشاط إلا وفقاً للقانون[1].

ومن أبرز هذه الحقوق التي يتمتع بها الشخص الحكمي أسوة بالشخص الطبيعي هو حق التقاضي[2]. وذلك لأنه من الطبيعي أن يستتبع حق التقاضي استقلال الذمة المالية للشخص مدعياً كان أو مدعى عليه، طبيعياً كان أو حكمياً. فيجوز للشخص الحكمي أن يقاضي الغير الذي ينازعه في حق يقرره له القانون أمام القضاء . أي أن ترفع عليه الدعوى من قبل الغير أو أن يرفع هو الدعوى على الغير أمام القضاء عن طريق الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلونه -بالإضافة إلى وظيفتهم- كالمدير ورئيس مجلس الإدارة ورئيس المؤسسة، وتنصرف نتائج هذه الدعاوي إلى الذمة المالية للشخص الحكمي سلباً أم إيجاباً ، و بإمكان مدير الشركة أو رئيس مجلس الإدارة أو رئيس المؤسسة أن لا يحضر بنفسه في هذه الدعاوي بل يوكل ممثلاً قانونياً عنه، كالمحامي.

٤- اسم الشخص الحكمي:

ولكل شخص حكمي اسم خاص يميزه ويمنع اختلاطه مع غيره من الأشخاص الحكمية ويستمد هذا الاسم عادة من الغرض الذي تأسس من أجله أو من أسماء مؤسسيه وألقابهم وما إلى ذلك من اعتبارات، كما في تسمية الجمعيات والمؤسسات والشركات [3]، بشرط أن لا يكون الاسم المتخذ مخالفاً للنظام العام والآداب. فالقانون هو الذي يفرض اتخاذ هذا الاسم الخاص واستعماله في المعاملات، مثل الشركة العراقية الأردنية للنقل البري وجمعية الرفق بالحيوان . وقد يكون الاسم تجارياً للمتجر أو للبضائع التجارية مما يكسبه قيمة مالية ويدخله في دائرة التعامل ويجعل ألحق فيه محلاً للتصرف، ويحميه القانون ويعاقب على من يعتدي عليه مع إلزامه بالتعويض عما أصاب صاحبه من أضرار، شأنه في ذلك شأن انتحال أو منازعة اسم الشخص الطبيعي. ويشترط ذكر اسم الشخص المعنوي في سند إنشائه والمراسلات المتعلقة به وواجهة المحل التجاري.

٥- حالة الشخص الحكمي:

وللشخص الحكمي حالة تختلف عناصرها عن عناصر حالة الشخص الطبيعي، لأنه لا يمكن أن ينتسب الشخص الحكمي لأسرة معينة أو لدين معين، ولهذا فإن حالة الشخص

---

(١) انظر مؤلفنا- القانون الدولي الخاص- الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي - المرجع السابق- ص٢٦٥.

(٢) المادة (٥١/٢/ج) من القانون المدني الأردني.

(٣) فمثلاً تنص المادة (١/١٠) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أن:(يتألف عنوان شركة التضامن من أسماء جميع الشركاء فيها أو من لقب أو كنية كل منهم، أو من اسم واحد أو أكثر منهم أو لقبه على أن تضاف في هذه الحالة الى اسمه أو اسمائهم عبارة (وشركاه) أو (وشركاهم) حسب مقتضى الحال، أو ما يفيد معنى هذه العبارة، ويجب أن يكون عنوان الشركة متفقاً دائماً مع هيئتها القائمة).

الحكمي مقصورة على انتسابه إلى دولة معينه برابطة الجنسية فقط . فلكل شخص حكمي جنسية، ولهذه الجنسية أهمية كبيرة بالنسبة لتعيين القانون الذي يخضع له.

فرغم الاختلاف في وجهات النظر بين الفقهاء حول مفهوم ومدلول جنسية الشخص الحكمي، فمن المألوف في عالم الفقه والقانون اليوم أن يعترف بجنسية لبعض مجموعات الأموال والأشخاص، كالمؤسسات والجمعيات والشركات، وأن تمنح الشخصية القانونية التي تمكنها من تلقي الحقوق وتحمل الالتزامات، خاصة ان المعاهدات والاتفاقيات الدولية قد أقرت صراحة ضرورة تمتع الأشخاص الحكمية بالجنسية، كمعاهدة لوزان لعام ١٩٢٣، وان التشريعات الوطنية تقر هذه الجنسية في مختلف الدول حتى صارت فكرة منح الأشخاص الحكمية الجنسية أمراً مسلمًا به بهدف تمييزها وردها إلى هذه الجنسية في نشوئها وحياتها وانقضائها رغم ان جنسيتها هذه لا تستجيب لمفهوم جنسية الشخص الطبيعي من حيث مدلولها وأسس منحها وآثارها والحقوق والالتزامات العامة المتولدة عنها. فيقال عند تنسيب شخص معنوي إلى دولة معينة، شركة ألمانية، جمعية فرنسية، مؤسسة أردنية...إلخ. وتتضمن تشريعات الدول المختلفة النصوص الصريحة بخصوص هذه الجنسية وأسسها.

وتحديد جنسية الأشخاص الحكمية العامة التابعة للقانون العام من إقليمية وبلدية ومؤسسات عامة وطنية لا يثير أي خلاف، لأن تابعية هذه الأشخاص الحكمية تكون للدولة التي تأسست فيها وتابعة لها وتخضع لنظامها القانوني .

أما الأشخاص الحكمية التابعة للقانون الدولي العام، فإنها تنشأ باتفاقيات دولية ويتحدد نظامها بموجب هذه الاتفاقيات ولا تتمتع بتابعية أية دولة. فهي ليست وطنية ولا أجنبية ، كعصبة الأمم سابقاً وهيئة الأمم المتحدة حالياً ووكالاتها المتخصصة.

أما تحديد جنسية الأشخاص الحكمية التابعة للقانون الخاص من شركات وجمعيات ونواد، فهو الذي يثير الصعوبات. فبالنسبة لجنسية الشركات اختلفت المعايير التي أخذت بها قوانين دول العالم كأساس لمنحها. فهناك معيار محل التكوين أو التأسيس، كما في الولايات المتحدة الأمريكية وإنكلترا و الأرجنتين واليابان و روسيا. ومعيار محل الاستغلال أو مزاولة النشاط، كما في تركيا وبلغاريا والدانمارك وإسبانيا وسويسرا وهولندا والنرويج والمجر واليونان. ومعيار محل مركز الإدارة الرئيس، كما في ألمانيا والعراق ، ومعيار رأس المال، ومعيار الرقابة والاشراف[1] . وقد يستفيد الشخص الحكمي من تعدد هذه المعايير

---

(١) انظر Doc.Dr. Turgut Kalpsuz. Sirketler Hukuku.2 Kitab Ankara/1960. sf.7.

فيحصل على جنسية أكثر من دولة واحدة فتزدوج جنسيته، كما في الشركات المتعددة الجنسيات.

وفي المملكة الأردنية الهاشمية أخذ المشرع الأردني بمعيار محل التأسيس والتسجيل بالنسبة لتعيين (الجنسية)، أي التابعية السياسية للشركة ومنحها الجنسية الأردنية ، حيث تنص المادة (٤) من قانون الشركات رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ على أن (يتم تأسيس الشركة في المملكة وتسجيلها فيها بمقتضى هذا القانون وتعتبر كل شركة بعد تأسيسها وتسجيلها على ذلك الوجه شخصاً اعتبارياً أردني الجنسية ويكون مركزها الرئيسي في المملكة)[1].

أما بالنسبة للجمعيات التي تتكون من طائفة من الأشخاص يتعاونون من أجل تحقيق مصلحة عامة أو خاصة مشروعة في النواحي الخيرية أو الثقافية أو الدينية أو الاجتماعية دون استهداف الربح المادي ، فهناك اتجاه يذهب إلى تمتعها بجنسية الأشخاص الذين يكونونها . وهناك إتجاه آخر يذهب إلى تمتعها بجنسية بلد مركز إدارتها الرئيس وهو الاتجاه الراجح. علماً بأن تأسيس الجمعيات والأحزاب السياسية مقصور على الوطنيين فقط دون الأجانب[2].

٦- موطن الشخص الحكمي:

وللشخص الحكمي موطن أسوة بالشخص الطبيعي، وموطن الشخص الحكمي مستقل عن موطن الأشخاص الذين يكونونه ويديرونه. فللشركة موطن مستقل عن موطن الشركاء، وللجمعية موطن مستقل عن موطن أعضائها وممثليها، وغالباً ما ينص القانون على اعتبار محل مركز الإدارة الرئيس موطناً له. والمقصود بمركز الإدارة الرئيس، هو مركز النشاط القانوني والمالي والإداري للشخص الحكمي. فهو ليس بالضرورة مركز الاستغلال. وقد يكون للشخص الحكمي نشاط وفروع في دول متعددة، فيجوز اعتبار المكان الذي فيه الفرع موطناً خاصاً للشخص الحكمي بالنسبة للأعمال المتعلقة بالفرع، كما في شركات

---

(١) لم ينص القانون المدني الأردني على جنسية معينة للشخص الحكمي، وإنما نص في المادة (٥٢) منه على أن: (الأشخاص الحكمية تخضع لأحكام القوانين الخاصة بها)، وهذا يعني وجوب الرجوع إلى القواعد العامة والقوانين الخاصة بالأشخاص الحكمية بالنسبة لتحديد جنسيتها.

(٢) وتختلف الجمعيات عن الشركات في إمكان خلوها من الجنسية أحياناً ، كما هو الحال بالنسبة للجمعيات الدولية التي لا تستند في قيامها الى النظام القانوني لدولة ما . وفي هذه الحالة لا يمكن القول ان للجمعية تابعية سياسية، لان وجودها مستمد أما من معاهدة دولية أو من مجرد وجودها الواقعي الذي لا تعارضه الدول، كجمعية معهد القانون الدولي الذي نشأت في بلجيكا وتضم نخبة من كبار أساتذة القانون الدولي في العالم وتعقد اجتماعاتها مرة كل سنة على الاكثر وكل سنتين على الأقل وتهدف الى تطوير القانون الدولي . بل ان منها ما ليس له مركز إدارة ثابت في بلد معين وينتقل دورياً من بلد الى آخر مما يصعب معه تقرير جنسية معينة له استناداً الى معيار مركز الإدارة أو معيار محل التأسيس (أنظر مؤلفنا – المصدر السابق –ص١٢٨)

الطيران وشركات التأمين وفروعها في مختلف الدول. فللشخص الحكمي موطن مستقل ويعتبر موطنه المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته الرئيس. والشركات التي يكون مركز إدارتها الرئيس في الخارج ولها نشاط في المملكة الأردنية الهاشمية يعتبر مركز إدارتها الرئيس بالنسبة للقانون الداخلي في المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية.[1]

انقضاء الشخصية القانونية للشخص الحكمي:

تنقضي الشخصية القانونية للشخص الحكمي في الأحوال التالية :

١- إذا انقضى الأجل المحدد للشخص الحكمي في سند أنشائه، أو عندما يحدد القانون لإحدى الهيئات أو المؤسسات أو الجمعيات أو الشركات أجلاً لانتهاء أعمالها، فإن شخصيتها الحكمية تنقضي بحلول ذلك الأجل. فمثلاً تنقضي شركة التضامن بانتهاء المدة المحددة للشركة سواء أكانت المدة الأصلية لها أو التي مددت إليها باتفاق جميع الشركاء[2].

٢- إذا تحقق الغرض الذي تأسس من أجله، كأن تؤسس جمعية خيرية من أجل بناء مسجد معين في مدينة إربد وإنجاز بناء هذا المسجد .

٣- إذا استحال تحقيق الغرض الذي تأسس من أجله، كما لو تأسست جمعية أو شركة لبناء مساكن فوق القمر وبعد بذل الجهد تعذر واستحال تحقيق هذا الغرض إما لتعذر الوصول إلى القمر أو لثبوت استحالة الحياة فوق سطح القمر، أو كما لو صدر قانون معين يحظر تعاطي مادة معينة تنتجها شركة معينة .

٤- إذا لم يباشر نشاطه ضمن مدة محددة في القانون بعد إنشائه .

٥- إذا تم حله، والحل قد يكون اختيارياً يتم بإرادة الأشخاص المكونين له، واتفاقهم، كالاتفاق بين الشركاء على حل الشركة أو دمجها في شركة أخرى أو الاتفاق بين المؤسسين على حل الجمعية أو دمجها مع جمعية أخرى. وقد يكون إجبارياً إذا صدر حكم قضائي بذلك من المحكمة أو إذا صدر قرار شطب تسجيله من السلطه المختصة بمقتضى أحكام القانون .

المبحث الثاني

محل الحق

وهو الأشياء والأعمال التي يرد عليها الاختصاص في الحق. أي الحقوق المالية عينية

---

(١) انظر المادة (٥١/٢-د) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (٣٢/ب) من قانون الشركات الأردني رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧.

كانت أم شخصية أم معنوية. فإذا كان حقاً عينياً فهو عبارة عن سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين، وهذا الشيء هو محل الحق في هذه الحالة. وعليه يجب علينا أن نستقصي ما يتعلق بالشيء الذي يكون محلاً للحق العيني.

وإذا كان حقاً شخصياً فيكون محله الالتزام بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، مما يجب علينا أن نبحث في الأداء الذي يلتزم به المدين إزاء الدائن.

وإذا كان حقاً معنوياً يكون محله النتاج الذهني الذي ينتجه الشخص. أي الابتكار الذي يبتكره، كالتأليف والاختراع والشعر واللحن ، مما يجب علينا أن نبحث في محل هذه الحقوق كالآتي:

المطلب الأول

محل الحقوق العينية (الأشياء والأموال)

من الشائع الخلط بين (الشيء) و (المال) وتسمية الأشياء بالأموال مع ان لكل من الاصطلاحين مدلولاً خاصاً به، مما يجب التمييز بينهما. فالشيء هو الأعم، لأنه هو كل كائن يشغل حيزاً في الطبيعة. فكل مال هو شيء، مثل الساعة والدار والبستان والكتاب والقلم والسيارة، ولكن ليس كل شيء بمال كحبة الحنطة أو قصاصة الورق المهملة.

فالمال في القانون هو الحق ذو القيمة المالية أياً كان نوعه ومحله، سواء أكان حقاً عينياً أم شخصياً أم ذهنياً. أما الشيء فيراد به الدلالة على ما يعتبر محلاً لذلك الحق، سواء أكان هذا الشيء مادياً أم معنوياً. ومن المسلم به ان القانون لا يهتم بالأشياء إلا باعتبارها محلاً للحقوق، وان الحقوق التي يعنى بها القانون المدني هي الحقوق ذات القيمة المالية . فهذه الحقوق هي الأموال، أما الأشياء فهي محال هذه الحقوق .[1]

فالحقوق التي ليست لها قيمة مالية لا تعد أموالاً، كالحقوق العامة والحقوق السياسية والحقوق العائلية، بينما تعتبر الحقوق الأدبية أو المعنوية مالاً لانها ذات قيمة مالية، ولهذا لا يقتصر مفهوم المال على الحقوق المادية فقط، بل يشمل الحقوق الأدبية أيضاً، لأن المال هو كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل[2].

وكل شيء يمكن حيازته مادياً أو معنوياً والانتفاع به انتفاعاً مشروعاً ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية[3].

---

(١) انظر الاستاذ محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه- المرجع السابق ص١٠

(٢) المادة (٥٣) من القانون المدني الاردني.

(٣) المادة (٥٤) من القانون المدني الأردني.

فالمشرع الأردني فطن إلى التمييز بين الشيء والمال كما هو واضح من النص المتقدم وأخذ بالمفهوم المتطور لفكرتي الأشياء والأموال واستبعد بعض الأشياء من مفهوم الأموال، لأنه قصر هذا المفهوم على الحقوق المالية عينية كانت أم ذهنية.

والشيء الذي يصح أن يكون محلاً للحق بالمعنى القانوني، له خواص معينة هي :

١- أن يكون له وجود مستقل عن وجود الإنسان بأن يكون للشيء كيان مستقل عن الإنسان، مثل الأرض والشجر. والأشياء قد تكون مادية فتدركها الحواس، وقد تكون معنوية لا تدرك بالحس وإنما تدرك بالفكر فتكون ذهنية. والأشياء المادية هي التي تصلح أن تكون محلاً للحقوق العينية. أما الأشياء المعنوية فتكون محلاً للحقوق الأدبية أو المعنوية. والشيء هو غير الإنسان، وحيث لا يعتبر الإنسان شيئاً، فإن أي جزء من جسم الإنسان لا يعد شيئاً إلا إذا انفصل عنه[1].

٢- يجب أن يكون متعيناً في العالم الخارجي دون اشتراط وجود مادي له. فالإنتاج الذهني مثلاً لا يشترط فيه الوجود المادي ، بل يكفي أن يكون قابلاً للوجود أو للتحديد .[2]

٣- أن تكون حيازته ممكنة مادياً أو معنوياً والانتفاع به مشروعاً وقابلاً للتملك والتعامل به قانوناً [3].

فالأشياء التي تكون قابلة للتعامل وحيازتها ممكنة تصلح أن تكون محلاً للحقوق المالية، والأشياء التي لا تكون قابلة للتعامل وحيازتها غير ممكنة، لا تصلح أن تكون محلاً للحقوق المالية. لأنها تخرج عن التعامل إما بسبب طبيعتها أو بحكم القانون وكالأتي:

أ- أشياء تخرج عن التعامل بسبب طبيعتها لأنه يمكن لجميع الناس الانتفاع بها دون أن يحول انتفاع بعضهم بها انتفاع البعض الآخر . لأنه ليس هناك من يستطيع الاستئثار بحيازتها والتسلط عليها والانتفاع بها دون سائر الناس بوضعها الطبيعي . فكل ما لا يمكن تملكه وحيازته من الأشياء على سبيل الاستئثار والتسلط لا يعتبر مالاً وبالتالي لا يصلح أن يكون محلاً للحقوق، كالهواء في الفضاء والماء في البحار وأشعة الشمس في الطبيعة. فهذه الأشياء بطبيعتها مشتركة ويجوز لجميع الناس الانتفاع بها دون استئثار أو تسلط أحد على حيازتها، ولذلك تخرج عن التعامل[4].

---

(١) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير – المرجع السابق– ص٢٣٤

(٢) أنظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون – المرجع السابق – ص ١٨٤

(٣) المادة (٥٤) من القانون المدني.

(٤) المادة (٥٥) من القانون المدني الأردني.

أما إذا أمكن الاستئثار بمقدار محدود من هذه الأشياء فتكون لهذا المقدار المحدود قيمة مالية عندئذٍ ويصلح أن يكون محلاً للحقوق المالية ويصبح التعامل فيه ممكناً، كضغط مقدار من الهواء وحرزه في اسطوانات خاصة لنفخ إطار السيارات، أو كتحلية مقدار من ماء البحر لبيعه، أوكتحويل أشعة الشمس إلى طاقة حرارية.

ب- أشياء تخرج عن التعامل بحكم القانون، وهي أشياء قابلة للتعامل بطبيعتها ولكن القانون يخرجها عن التعامل فيصبح التعامل فيها ممنوعاً وغير مشروع بسبب الغرض الذي خصصت له هذه الأشياء، كالأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة. مثل الشوارع والطرق والجسور والمباني الحكومية والمتاحف....إلخ. وذلك لان إباحة التصرف في هذه الأشياء تؤدي إلى تعطيل الغرض الذي خصصت من أجله وهو المنفعة العامة. وعليه لا يجوز التعامل فيها ولا الحجز عليها ولا اكتساب ملكيتها بالتقادم طالما بقيت محتفظة بصفة تخصيصها للمنفعة العامة. ولكن يجوز التعامل في هذه الأشياء إذا فقدت صفتها بانتهاء تخصيصها للمنفعة العامة.

وقد ينص القانون على إخراج هذه الأشياء عن التعامل لاعتبارات تتعلق بالنظام العام والصحة العامة، كالمخدرات التي يمنع القانون التعامل فيها، ولا يغير من هذا الوصف إجازة نوع معين من التعامل في هذه الأشياء، كإجازة بيع المخدرات أو السموم في الصيدليات لأغراض طبية.[1]

تقسيمات الاشياء والاموال:

تقسم الأشياء تقسيمات مختلفة، منها ما يرد في التشريعات ومنها ما يرد في كتب الفقه. وسنقصر شرحنا على أهم هذه التقسيمات، فنبحث في تقسيم الأشياء إلى (عقارات ومنقولات)، وإلى (مثلية و قيمية)، وإلى (مملوكة وغير مملوكة)، وإلى (قابلة للاستهلاك وغير قابلة للاستهلاك). وكذلك نبحث في تقسيم الأموال إلى (أموال عامة وأموال خاصة) .

---

(١) قسم فقهاء الشريعة الاسلامية المال الى متقوم وغير متقوم. فالمال المتقوم عندهم هو الذي يباح الانتفاع به شرعاً ويمكن حيازته وحرزه وتملكه وله قيمة مالية ويجب الضمان على من يتلفه كالمنزل والمحاصيل الزراعية والأغنام والاثاث. أما المال غير المتقوم فهو الذي قد يكون محرزاً ولكنه لا يباح الانتفاع به شرعًا ولا يترتب الضمان على من يتلفه، كالخمر والخنزير إلا إذا كان صاحبه غير مسلم .وكذلك لا يعد مالاً وان أمكن الانتفاع به شرعاً ما لا يمكن حيازته، كالمنافع والحقوق، مثل حق المرور وحق المسيل ...إلخ . فهذه الحقوق عند الحنفية لا تعتبر أموالاً لعدم امكان حيازتها وعلى ذلك لا يجوز بيعها استقلالاً. أما بيعها تبعاً فجائز. وكذلك لا يعتبر مالاً ما لا ينتفع به عادة وان أمكن حيازته، كحفنة تراب وقطرة ماء وحبة حنطة (انظر شاكر ناصر حيدر - المرجع السابق-ص ٥-٨)..

اولاً- تقسيم الشيء إلى عقار ومنقول:

تقسم الأشياء من حيث ثباتها وحركتها إلى عقارات ومنقولات. وهذا هو التقسيم الرئيس في القوانين المدنية ويرجع أصله إلى القانون الروماني ويقوم على أساس معيار مادي يعتمد على اختلاف طبيعة الأشياء. فثبات بعض الأشياء واستقرارها في مكانها، وحركة البعض الآخر أو قابليته للحركة يبرر اختلاف القواعد التي تحكم كل نوع منها[1]. بحيث ان (كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف أو تغيير هيئته فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول)[2].

يتضح لنا من هذا التعريف ان العقار هو كل شيء له مستقر ثابت بحيث لا يمكن نقله أو تحويله من مكانه دون تلف فيه أو تغيير في هيئته ، كالأرض وكل ما يتصل بها من أشياء اتصال قرار وثبات من بنايات وجسور وسدود وغير ذلك من العقارات المقامة على الأرض، وكذلك الغراس. فالأشجار التي تمتد جذورها في باطن الأرض تعتبر متصلة بالأرض اتصال قرار وثبات ، لكنها إذا فقدت صفة الثبات والاستقرار في الأرض فإنها تفقد تبعًا لذلك صفتها العقارية وتعود منقولة من وقت انفصالها عن الأرض، كما في حالة قطع الأشجار.

أما المنقول فهو كل شيء ليس له مستقر ثابت ويمكن نقله وتحويله من مكانه دون تلف فيه أو تغيير في هيئته ، كالسيارة والكرسي والتلفزيون، وغير ذلك من الأشياء المنقولة.

النتائج المترتبة على تقسيم الشيء إلى عقار ومنقول :

تترتب على تقسيم الشيء إلى عقار ومنقول نتائج قانونية عديدة أهمها ما يلي:

١- من حيث الاختصاص القضائي، تقام الدعوى في محكمة محل إقامة المدعى عليه إذا كانت متعلقة بالمنقول، وفي محكمة موقع العقار إذا كانت متعلقة بالعقار.[3]

٢- من حيث الشكلية، يخضع التصرف في العقار لقاعدة الشكلية والإشهار بطريقة التسجيل في دائرة التسجيل العقاري، بحيث تعتبر هذه الشكلية ركناً من أركان أي

---

(١) المادة (٥٨) من القانون المدني الاردني.

(٢) انظر محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه- المرجع السابق - ص ١٤

(٣) بحسب المادة (٣٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ تقام دعاوى المنقول في المحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه. فإذا لم يكن له موطن في الأردن تقام في المحكمة التي يقع في دائرتها مكان إقامته المؤقتة. وبحسب المادة (٣٧) منه تقام الدعوى العينية العقارية ودعاوى الحيازة في المحكمة التي يقع في دائرتها العقار أو أحد اجزائه إذا كان واقعاً في دوائر محاكم متعددة.

تصرف قانوني في ملكية العقار أو في أي حق عيني متعلق به، سواء أكان هذا التصرف بيعاً أم مقايضة أم هبة أم قسمة أم رهناً. فملكية العقار لا تنتقل من المتصرف إلى المتصرف إليه إلا بالتسجيل .[1] بينما في الغالب لا ترد مثل هذه الشكلية عند التصرف في المنقولات إلا بالنسبة لتلك المنقولات التي لها طبيعة خاصة، كالسفن والطائرات والمكائن وبراءات الاختراع التي يجب تسجيلها وتأشيرها أيضاً في السجلات المعدة لذلك. كما يلاحظ ان بيع السيارة في الأردن تشترط فيه شكلية معينة، وهي الحضور أمام ضابط تسجيل المركبات بدائرة الترخيص للإقرار وتوثيق عقد البيع، وإلا فلا تنتقل ملكية السيارة إلى المشتري، وقد أكد ذلك القرار الصادر من محكمة التمييز الأردنية في القضية (٨٨/٨٧٤) والذي جاء فيه: (تعتبر بيوع السيارات دون تسجيل بدائرة السير باطلة ولا أثر لها).[2]

٣- من حيث حدود حق التملك تتشدد تشريعات أغلب الدول في تملك الأجنبي للعقارات خاصة بالنسبة للأراضي الزراعية باعتبارها عماد الثروة الوطنية ولاعتبارات المصلحة العامة العليا[3]. في حين لا وجود لمثل هذه القيود بالنسبة لتملك الأجنبي للمنقولات إلا ما أستثني منها بنص خاص، كمنع الأجنبي من تملك السفن والطائرات الوطنية أو منعه من تملك ما يزيد عن نسبة معينة من أسهم الشركات المساهمة العامة أو منعه من حق تملك السلاح الناري .

٤- من حيث التملك بالشفعة يشترط في البيع الذي تثبت فيه الشفعة أن يكون عقاراً مملوكاً، بينما لاتثبت الشفعة في بيع المنقول إلا في نطاق الأحكام التي يقضي بها القانون .[4]

٥- الوقف جائز في العقار، في حين لا يجوز في المنقول إلا إذا كان تابعاً للعقار أو كان مما

---

(١) بحسب المادة (٣/١٦) من قانون تسوية الأراضي والمياه الأردني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ لا يعتبر البيع والمبادلة والافراز والمقاسمة في الأرض والمياه صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل. وتنص المادة (١١٤٨) من القانون المدني الأردني على عدم انتقال الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به. فرغم أن انتقال الملكية وغيرها من الحقوق العينية الأخرى يتم بين المتعاقدين في المنقول والعقار بالعقد متى استوفى شروطه طبقاً لأحكام القانون، إلا أن أثر العقد في العقار يتراخى الى وقت التسجيل، بحيث لا ينتج أثره أصلاً مالم يتم تسجيله في دائرة التسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به.

(٢) راجع مجلة نقابة المحامين، السنة ٣٨-١٩٨٨-ص٢٠٥٧.

(٣) انظر المواد (٦، ٧، ٨) من قانون المقاطعة الاقتصادية وحظر التعامل مع العدو رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ المنشور في العدد ٢٠٢ من الجريدة الرسمية الصادر في ١٩٩٥/٨/١٦.

(٤) الشفعة هي حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبراً على المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات، ويثبت هذا الحق للشريك في نفس المبيع وللخليط في حق المبيع وللجار الملاصق.(انظر المواد ١١٥٠-١١٦٧ من القانون المدني الأردني).

جرى العرف بوقفه.[1]

٦- من حيث التملك بالحيازة، تعتبر الحيازة في المنقول بحسن نية وسبب صحيح سنداً للملكية بالنظر لسرعة تداول المنقولات وعدم خضوع التصرف فيها لإجراءات شكلية معينة. فالحيازة بذاتها قرينة على الملكية في المنقول مالم يثبت غير ذلك، ولا تسمع دعوى الملكية على من حاز منقولاً وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن النية،[2] دون اشتراط مضي مدة معينة على هذه الحيازة، بينما مرور الزمان المكسب للملكية في العقار تتراوح مدته ما بين سبع سنوات وخمس عشرة سنة.[3]

٧- إجراءات التنفيذ على العقار في الحجز والبيع بالمزايدة العلنية تتميز بميزات أكثر دقة وأهمية من إجراءات التنفيذ على المنقول .

انواع العقارات :

تنقسم العقارات إلى نوعين هما:-

١- عقار بطبيعته:

وهو الشيء الثابت المستقر في الأرض بحيث لا يمكن نقله أو تحويله منها دون تلف فيه أو تغيير في هيئته، سواء أكانت صفة الاستقرار ناتجة عن خلقته وطبيعته، مثل الأرض والبرك والمناجم، أم عن صنع الإنسان، كالمباني والسدود والجسور والأشجار المغروسة. ولذلك فإن ما يقام على سطح الأرض دون أن يلتصق بها، كخيام البدو والأكشاك الخشبية ونحوهما، لا يعتبر عقاراً وان كان قد اعد لكي يبقى على وجه الدوام مدة من الزمن. بينما يعتبر الشيء عقاراً إذا كان متصلاً بالأرض اتصال قرار حتى ولو كان معداً للبقاء مدة مؤقتة، كالأبنية التي تقام في المعارض لتبقى مدة قيام المعرض ثم تزال بعد انتهائه .[4]

٢- عقار بالتخصيص:

وهو في الحقيقة منقول بطبيعته، إلا أن القانون عده عقاراً بالتخصيص لأن مالكه يضعه في عقار مملوك له رصداً على خدمة ذلك العقار واستغلاله ويكون ثابتاً فيه، مثل مكائن السقي المعدة للاستغلال الزراعي والمثبتة في الأرض الزراعية، والمواسير

(١) للوقوف على المزيد من المعلومات عن الوقف راجع المواد (١٢٣٣-١٢٤٨) من القانون المدني الأردني.

(٢) بحسب المادة (١١٧٦) من القانون المدني الأردني يعد حسن النية من حاز الشيء وهو يجهل انه يعتدي على حق الغير، ويفترض حسن النية ما لم يقم الدليل على غيره. والسبب الصحيح بحسب المادة (١١٨٢/٢) من القانون المدني الأردني هو سند و حادث يثبت حيازة العقار اما بالاستيلاء على الأراضي الموات أو بانتقال الملك بالإرث أو بالوصية أو بالهبة بين الأحياء بعوض أو بغير عوض أو بالبيع.

(٣) انظر الدكتور عباس الصراف وجورج حزبون-المرجع السابق-ص١٨٩ ومحمد طه البشير والدكتور غني حسون طه-المرجع السابق-ص١٣.

(٤) انظر الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك-المرجع السابق-ص٣٠٧ وشاكر ناصر حيدر-المرجع السابق-ص١٧.

والمراوح المثبتة في المباني حيث يجري الافتراض على ان هذه المنقولات قد أصبحت جزءاً من العقار فتدخل مع العقار عند التصرف فيه.

فالعقارات بالتخصيص منقولات حقيقة وعقارات حكماً، وقد عرفه المشرع الأردني بقوله: (يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له رصداً على خدمته واستغلاله ويكون ثابتاً في الأرض)[1].

ولثبوت صفة العقار بالتخصيص في المنقول لابد من تحقق الشرطين التاليين:

أ- أن توجد علاقة تخصيص بين المنقول والعقار بأن يخصص المنقول لخدمة العقار الطبيعي واستغلاله، وليس لخدمة شخص مالك العقار. فالمنقول الذي يخزنه المالك في العقار المملوك له لا لخدمة العقار ذاته، لايعد عقاراً بالتخصيص، كالمواسير والأبواب والمكائن الزائدة التي يخزنها المالك في مزرعته أو مصنعه للمحافظة عليها فقط دون تخصيصها لخدمة واستغلال المصنع أو المزرعة أما الماكنة أو الأبواب أو المواسير التي يخصصها لخدمة مصنعه أو مزرعته، فإنها تعتبر عقاراً بالتخصيص.[2]

ب- اتحاد صفة المالك في العقار والمنقول.أي أن يكون المنقول مملوكاً لنفس مالك العقار أو الذي له حق التصرف فيه. فإن كان مملوكاً لمستأجر العقار أو لمستعيره أو لمرتهنه، فلا يعتبر عقاراً بالتخصيص حتى ولو رصد لخدمة العقار، كالمنقول الذي يضعه المستأجر أو المستعير أو المرتهن في العقار المؤجر أو المعار أو المرهون.

ج- أن يكون المنقول المرصود لخدمة العقار واستغلاله ثابتاً فيه[3].

النتائج المترتبة على نظرية التخصيص:

تترتب على نظرية التخصيص عدة نتائج قانونية أهمها ما يلي:

١- لا يجوز الحجز والتنفيذ على المنقول المعتبر عقاراً بالتخصيص منفصلاً ومستقلاً عن العقار الذي رصد لخدمته، وإنما يجوز الحجز والتنفيذ عليه تبعاً له ووفقاً لإجراءات الحجز العقاري. وذلك لأن القانون اعتبر المنقول المخصص لخدمة عقار، عقاراً

---

(١) المادة (٥٩) من القانون المدني الأردني.

(٢) انظر محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه-المرجع السابق-ص١٦ وشاكر ناصر حيدر-المرجع السابق-ص١٩ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير-المرجع السابق-ص٢٢٨ والدكتور سعيد عبد الكريم مبارك-المرجع السابق-ص٢٠٩.

(٣) أدرج المشرع الأردني هذا الشرط في المادة (٥٩) من القانون بقوله:(يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه مالكه في عقار له رصداً على خدمته واستغلاله ويكون ثابتاً في الأرض)، وبذلك اختلف مع المشرع المصري والعراقي في الصيغة التي جاءا بها خالية من هذا الشرط. فمثلاً ينص الشق الثاني من المادة (٨٢) من القانون المدني المصري على أن:(ومع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله) وهكذا الأمر بالنسبة للمادة (٦٣) من القانون المدني العراقي.

بالتخصيص حتى لا يقع الحجز أو التنفيذ عليه مستقلاً عن العقار الذي رصد لخدمته واستغلاله فتتعطل الزراعة أو الصناعة.

٢- يعد المنقول المعتبر عقاراً بالتخصيص من توابع العقار الذي رصد لخدمته واستغلاله، ويدخل في بيعه وهبته والوصية به وفي أي تصرف آخر تبعاً لهذا العقار من غير ذكر،مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.[١]

٣- يشمل الرهن التأميني والحيازي ملحقات المرهون من أبنية وأغراس وعقارات بالتخصيص دون حاجة إلى النص على ذلك.[٢]

٤- عند القسمة، إذا وقع جزء من عقار شائع في حصة أحد الشركاء، فمن حق هذا الشريك أن يأخذ العقار وما لحق بخدمته من منقولات ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك.

زوال صفة العقار بالتخصيص:

إذا كانت المنقولات التي يخصصها مالكها لخدمة واستغلال عقار له تكتسب صفة العقار بالتخصيص، فإن من الطبيعي أن ترتبط مسألة زوال صفة العقار بالتخصيص عن هذه المنقولات بانقطاع علاقة التخصيص التي تربط بينها وبين العقار الذي رصدت لخدمته واستغلاله. إذ تزول صفة العقار بالتخصيص عنها إذا انتهى تخصيصها لخدمة العقار واستغلاله وتعود إلى طبيعتها المنقولة، كما لو نقلها مالكها من العقار لاستخدامها في المنزل. وكذلك تزول صفة العقار بالتخصيص عن المنقول إذا زال اتحاد صفة المالك بأن أصبح العقار مملوكاً لشخص والمنقول لشخص آخر، كما لو باع المالك المنقول دون العقار.

ففي هذه الأحوال يفقد العقار بالتخصيص صفته العقارية ويعود إلى حالته المنقولة لانقطاع علاقة التخصيص بإرادة المالك بشرط عدم الإضرار بحقوق الغير، كالدائن المرتهن للعقار الذي يمتد ضمانه، كما رأينا، إلى العقار بالتخصيص باعتباره من ملحقات العقار الأصلي.[٣]

وقد يفقد العقار بالتخصيص صفته العقارية بسبب خارج عن إرادة المالك، كما لو انفصل عن العقار الأصلي بسبب انهياره ولم يعد يستعمل استعمال العقار، وكذلك تعود

---

(١) فمثلاً تنص المادة (٤٩٠) من القانون المدني الأردني بالنسبة لآثار البيع والتزامات البائع وتسليم المبيع على أن :(يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على انه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد).

(٢) تنص المادة (١٣٣٠) من القانون المدني الأردني على أن:(يشمل الرهن التاميني ملحقات المرهون من أبنية وأغراس وعقارات بالتخصيص وكل ما يستحدث عليه من انشاءات بعد العقد) . وتنص المادة (١٣٨٣) منه على أن:(يشمل الرهن الحيازي كل ما يشمله البيع من ملحقات متصلة بالمرهون).

(٣) انظر محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه-المرجع السابق-ص١٧ .

تلك الأشياء إلى حالتها الطبيعية كمنقولات إذا أصبحت لا تؤدي الغرض الذي وضعت من أجله في خدمة العقار أو استغلاله لسبب من الأسباب .

انواع المنقولات:

المنقولات على ثلاثة أنواع هي:-

١- منقولات بطبيعتها :

وهي الأشياء المادية التي يمكن نقلها وتحويلها من مكانها دون تلف فيها أو تغيير في هيئتها[١]، كالنقود والسيارات والحيوانات والمكيلات والموزونات، ويخص المشرع بعض هذه المنقولات بأحكام خاصة نظراً لأهميتها الاقتصادية ولضرورة إشراف الحكومة على استعمالها وتداول ملكيتها، كالسفن والطائرات التي تخضع لقوانين خاصة تختلف أحكامها عن أحكام القواعد العامة التي تسري على سائر المنقولات. ويعتبر من المنقولات أيضاً الكهرباء وغاز الاستصباح، بمجرد تسخير التيار أو صناعة الغاز ويبقيان محتفظين بهذه الصفة من بعد تسييرهما في أسلاك وأنابيب ثابتة، ولذلك تعتبر سرقة التيارالكهربائي من قبيل سرقة المال المنقول.[٢]

٢- منقولات بحسب المآل :

وهي عقارات بطبيعتها ولكنها تعتبر منقولات بحسب المآل قانوناً وتطبق عليها أحكام المنقول لانها مرشحة ومعدة لأن تفصل عن الأرض بعد قليل من الزمن وتصبح منقولاً بإرادة الطرفين المتعاقدين، كالمباني إذا بيعت مستحقة للهدم والأشجار إذا بيعت مستحقة للقلع.

وفكرة المنقول بحسب المآل تقابل فكرة العقار بالتخصيص. فكما ان العقار بالتخصيص استثناء يرد على الأصل العام بالنسبة للعقار ويكتسب صفة العقار حكماً، فإن المنقول بحسب المآل استثناء يرد على الأصل العام في المنقول بحيث يصبح العقار بطبيعته منقولاً بالنظر إلى ما سيؤول إليه حاله في المستقبل .[٣] علماً انه لا توجد في القانون المدني الأردني و الفرنسي والمصري والعراقي نظرية عامة للمنقولات بحسب المآل، وان كانت هناك بعض النصوص المتفرقة في القانون المدني وقانون أصول المحاكمات المدنية تنطبق على هذه النظرية في حالات خاصة عامل فيها المشرع العقارات المعدة للانفصال عن

---

(١) المادة (٥٨) من القانون المدني الأردني.

(٢) انظر شاكر ناصر حيدر-المرجع السابق-ص٢٣ والدكتورسعيد عبد الكريم مبارك-المرجع السابق-ص٣١١.

(٣) انظر محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه-المرجع السابق-ص١٨ .

أصل بقائها معاملة المنقولات، كالمادة (٣/١١٥٩) من القانون المدني الأردني التي أشارت إلى المنقول بحسب المآل بمناسبة التطرق إلى الأشياء التي لا شفعة فيها بقولها :(لا شفعة في البناء والشجر المبيع قصداً بغير الأرض القائم عليها أو في البناء والشجر القائمين على أرض محكرة أو على الأراضي الأميرية). فالبناء والشجر المبيع قصداً دون الأرض يعتبر منقولاً بحسب المآل.[1]

٣- المنقولات المعنوية.

وتشمل الحقوق التي ترد على منقولات بطبيعتها ، كالالتزامات والتعهدات والأسهم في الشركات، أو على أشياء غير مادية، كالمؤلفات العلمية والأدبية والموسيقية والمبتكرات والنماذج الصناعية والتجارية والتي تسمى بالملكية الفنية أو الأدبية.

ثانياً- تقسيم الشيء إلى قيمي ومثلي :

ويقسم الشيء إلى مثلي وقيمي. فالأشياء المثلية هي ما تماثلت آحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء عرفاً بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن.[2]

فالأشياء المثلية هي التي لها نظائر متماثلة في الأسواق من نفس جنسها، مساو أو مقارب لها في القيمة ولا تتفاوت آحادها، أو تتفاوت تفاوتاً يسيراً لا يعتد به عادة، ويقوم بعضها مقام البعض في الوفاء، وجرى العرف على التعامل بها بالكيل، كالغلال وبعض أنواع السوائل، كالحليب أو بالوزن، كالسكر والذهب أو بالقياس، كالقماش والشرائط والحبال والأسلاك أو بالعدد، كالنقود والبيض.

وبما أن الأشياء المثلية تفترض بالضرورة انتماءها إلى نوع واحد، فإنها تسمى أيضاً بـ(الأشياء المعينة بالنوع). ويشترط في اعتبار الشيء مثلياً أن يوجد فعلاً ما يماثله في السوق بدون تفاوت أو بتفاوت يسير لا يعتد به ولا يوجب اختلافاً في الثمن. فإذا لم يوجد مثله في السوق بسبب انعدامه أو ندرته، فإنه يصبح شيئاً قيمياً لعدم إمكان حلول شيء آخر محله في الوفاء بعد أن كان شيئاً مثلياً، حتى يوجد في الأسواق، ولا تأثير لوجوده عند الناس في بيوتهم لاستهلاكهم الخاص .

أما الأشياء القيمية، نسبة إلى القيمة، وتسمى أيضاً بـ(الأشياء المعينة بالذات)، فهي ما لا يوجد لها نظير في السوق أو يوجد ولكن مع التفاوت الذي يعتد به في

---

(١) انظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون-المرجع السابق-ص١٨٨.

(٢) المادة (٥٦) من القانون المدني الأردني.

المعاملات قيمة وصفاتاً، ولها قيمة خاصة وتتفاوت آحادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً ملحوظاً يعتد به، أو يندر وجود أفرادها في التداول، بحيث لا يمكن أن يحل محلها في الوفاء شيء آخر، كمخطوطة نادرة ذات نسخة واحدة وفرس أصيل معين ولوحة زيتية معينة وآوانٍ مشغولة باليد وأحَجار ثمينة وسيارات قديمة.

اهمية تقسيم الشيء إلى مثلي وقيمي:

تبدو أهمية تقسيم الأشياء إلى مثلية وقيمية في نواحي عملية متعددة أهمها :

١- المقاصة الجبرية القانونية لا تقع إلا بين دينين محل كل منهما أشياء مثلية ذات نوع واحد متحدة في النوع والجودة والجنس والوصف، دون الأشياء القيمية.[١]

٢- تنتقل ملكية الأشياء القيمية من البائع إلى المشتري فور التعاقد ولو قبل التسليم، بينما الأشياء المثلية لا تنتقل ملكيتها فور التعاقد ما لم يتم فرز المبيع وتعيين نوعه.

٣- الشيء المثلي مضمون بمثله إذا اقتضى الأمر الحكم بالضمان . فإذا هلكت الأشياء المثلية في يد البائع قبل تسليمها لا يكون لهلاكها أي أثر في إنهاء الالتزام وفسخ العقد بل يظل التزام المدين قائماً، لأن هلاك الشيء قبل التسليم لا يجعل التنفيذ مستحيلاً، وعلى البائع أن يفي بالتزامه بمثل ما هلك.

أما إذا كان المبيع شيئاً قيمياً معيناً بالذات وهلك في يد البائع قبل تسليمه إلى المشتري، فإن البيع ينفسخ ويتحلل البائع من التزامه لاستحالة تنفيذه،[٢] دون أن يكون للمشتري حق المطالبة بالتعويض إذا حصل الهلاك بقوة قاهرة أو حادث مفاجيء.

٤- ليس للمدين بشيء قيمي أن يوفي التزامه بتسليم غير هذا الشيء المعين بالذات دون رضاالدائن حتى لو كان البديل مساوياً في القيمة للشيء المستحق محل الالتزام الأصلي أو كانت له قيمة أعلى.

بينما الأشياء المثلية يقوم بعضها مقام البعض الآخر في الوفاء، وإذا هلك الشيء المثلي، فلا يبرأ المدين من أدائه وعليه الوفاء بمثل ما التزم به. أي أن يدفع مثله وان لم يرض الدائن.[٣]

---

(١) تنص المادة (٣٤٥) من القانون المدني الأردني على أن:(يشترط في المقاصة الجبرية أن يكون كلا الطرفين دائناً ومديناً للآخر وأن يتماثل الدينان جنساً ووصفاً واستحقاقاً وقوة وضعفاً وألا يضر اجرازها بحقوق الغير).

(٢) تنص المادة (٤٤٨) من القانون المدني الأردني على أن (ينقضي الإلتزام إذا أثبت المدين ان الوفاء به أصبح مستحيلاً عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه).

(٣) تنص المادة (٣٢٩) من القانون المدني الأردني على انه :(١- إذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين أن يدفع غيره بدلاً عنه دون رضا الدائن حتى لو كان هذا البدل مساوياً في القيمة للشيء المستحق أو كانت له قيمة أعلى. ٢- أما إذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين في العقد فللمدين دفع مثله وان لم يرض الدائن) .

٥- المثليات يجوز أن تباع بذكر نوعها أو بتعيينها بالذات. أما القيميات، فإنها تباع عادة بتعيينها بالذات فقط.

ثالثاً- الأشياء الاستهلاكية والأشياء غير الاستهلاكية (الاستعمالية):

الأشياء الاستهلاكية هي ما لا يتحقق الانتفاع بخصائصها إلا باستهلاكها. أما الاستعمالية فهي ما يتحقق الانتفاع بها باستعمالها مراراً مع بقاء عينها[1].

فالشيء الاستهلاكي هو الذي لا يمكن استعماله والانتفاع به إلا إذا أدى ذلك إلى استهلاكه. لأن استعماله ينحصر بحسب ما أعد له في استهلاكه أو إنفاقه . فلا يمكن استعماله إلامرة واحدة ولايحتمل استعمالات أخرى ويستهلك باستعماله مرة واحدة. وقد يكون الاستهلاك مادياً يؤدي إلى هلاك مادة الشيء عند الانتفاع به، كأكل الطعام أو الفواكه أو شرب الشاي. وقد يكون الاستهلاك قانونياً حيث يتم التصرف بالشيء، فينتقل من ذمة صاحبه إلى ذمة شخص آخر دون أن يؤدي ذلك بالضرورة إلى استهلاك الشيء من الناحية المادية، كالنقود التي تستهلك قانوناً عن طريق إنفاقها. وكذا تذاكر السفر. ومن هنا كان الاستهلاك القانوني نسبياً لأنه يقتصر على من استعمل الشيء دون غيره. أما الاستهلاك المادي فهو مطلق لأنه لا يتحقق إلا بهلاك مادة الشيء .أما الشيء غير الاستهلاكي (الاستعمالي)، فهو الذي يمكن الانتفاع به مرات عديدة مع بقائه على حالته طالما بقي صالحاً للاستعمال. أي يقبل الاستعمال المتكرر دون أن يستهلك بمجرد هذا الاستعمال، كالدور والسيارات والآلات الزراعية. لأنه معد بطبيعته للاستعمال المتكرر، ويظل هكذا برغم نقص قيمته أو هلاكه مع مرور الزمن .

اهمية تقسيم الشيء إلى استهلاكي وغير استهلاكي:

تبدو أهمية تقسيم الأشياء إلى استهلاكية وغير استهلاكية في نواحي عملية متعددة أهمها:-

١- بعض العقود، خاصة في الحقوق العينية لا يمكن أن ترد إلا على الأشياء التي لا تستهلك باستعمالها، كعقد الإيجار وعقد الإعارة (عارية الاستعمال) وحق الانتفاع. فالمستأجر والمستعير والمنتفع، يلتزم برد الشيء بعينه إلى مالكه بعد استعماله أو الانتفاع به.[2] وعليه لا يمكن أن تتعلق هذه العقود والحقوق بالأشياء الاستهلاكية، فلا يجوز تأجير شيء قابل للاستهلاك، لأنه يترتب على استعمال هذا الشيء هلاكه

---

(١) المادة (٥٧) من القانون المدني الأردني.

(٢) فمثلاً تقضي المادة (٧٠٠) من القانون المدني الأردني بان:(على المستاجر رد المأجور عند انقضاء مدة الايجار الى المؤجر بالحالة التي تسلمه بها). وتنص المادة(٧٦٠) منه على أن:(الاعارة تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة أو لغرض معين على أن يرده بعد الاستعمال).

واستحالة رده عيناً إلى مالكه بعد استعماله.

٢- هناك من العقود ما لا يتصور وقوعه إلا على الأشياء الاستهلاكية كما في القرض (عارية الاستهلاك)، لأنه لا يرد إلا على الأشياء المثلية التي لا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك أعيانها. فالقرض في أصله يرد على النقود، والمقترض لا يفترض فيه رد عين ما تسلمه منها، وانما الأصل ان المقترض يستعمل المبلغ المقترض للوفاء بحاجاته على أن يرد للدائن المبلغ الذي اقترضه منه ولكن من حيث الكمية، دون أن يلتزم بان يرد نفس هذا المبلغ عيناً[١]، لأن القرض تمليك مال أو شيء مثلي لآخر على أن يرد مثله قدراً ونوعاً وصفة إلى المقترض عند نهاية مدة القرض[٢].

رابعاً- تقسيم الأموال إلى عامة وخاصة:

وتنقسم الأموال بالنسبة لمالكها إلى (أموال عامة وأموال خاصة). فالأموال الخاصة هي تلك الأموال المملوكة ملكية خاصة للأفراد أو للأشخاص الحكمية الخاصة، كالشركات والجمعيات والنوادي، أو للدولة بوصفها شخصاً حكمياً عادياً لا بصفتها صاحبة السيادة والسلطة العامة، ولمالكها حق التصرف فيها منقولة كانت أم غير منقولة، وتخضع لأحكام القانون الخاص.

أما الأموال العامة فهي الأموال المنقولة وغير المنقولة المخصصة للمنفعة العامة وملكيتها للجماعة ويقتصر حق الدولة فيها على الاشراف والحفظ والصيانة لمصلحة الناس جميعاً بوصفها ممثلة عن الجماعة.[٣] وقد عرفها المشرع الأردني بقوله: (تعتبر أموالاً عامة جميع العقارات والمنقولات التي للدولة أو الأشخاص الحكمية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون أو النظام)[٤].

وعلى ذلك فأموال الدولة إما أن تكون خاصة وتسمى (الدومين الخاص- الملك الخاص)، وتملكها الدولة بوصفها شخصاً حكمياً عادياً لأنها غير مخصصة للمنفعة العامة مباشرة، بل للاستثمار الاقتصادي والغرض المالي كمصدر من مصادر الإيرادات العامة، منقولة كانت أم غير منقولة، وتتصرف فيها تصرف الأشخاص في ملكهم الخاص على

---

(١) انظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون-المرجع السابق-ص١٩٢ وشاكر ناصر حيدر-المرجع السابق-ص٢٩.

(٢) المادة (٦٣٦) من القانون المدني الأردني.

(٣) الشراح مختلفون بشأن طبيعة حق الدولة على الأموال العامة. فمنهم من يرى بان طبيعة هذا الحق هي ملكية حقيقية، ومنهم من يرى انها حق حراسة واشراف لا ملكية . ومنهم من يرى انها حق ملكية من نوع خاص مقيد بتخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة بحيث لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم، لأن ملكيتها تعود للجماعة ، والدولة تديرها بوصفها ممثلة عن الجماعة.

(٤) المادة (٦٠) من القانون المدني الأردني.

أساس القانون الخاص. أي وفقاً لنفس القواعد القانونية التي تحكم ملكية الأشخاص في القانون الخاص فيما عدا بعض التحديد الذي تقتضيه طبيعة الأشخاص الحكمية العامة، كالمزارع والمعامل والحوانيت المملوكة للدولة.

أو تكون أموال الدولة عامة وتسمى (الدومين العام - الملك العام) وهي الأموال المخصصة للمنفعة العامة مباشرة منقولة كانت أم غير منقولة ولا يجوز لأحد أن يمنع غيره من الانتفاع بها، بل تبقى متاحة لانتفاع جميع الأشخاص في المجتمع مباشرة، مثل السكك الحديدية والأماكن الأثرية والأنهر والترع العامة وخطوط الهاتف والكهرباء والحدائق العامة والشوارع والساحات والطرق والجسور و المقابر والمساجد وأماكن العبادة التي تقوم وزارة الأوقاف بإدارتها والإنفاق عليها والأراضي المتروكة. وكذلك المنقولات العامة، والآثار القديمة المنقولة والكتب الموجودة في المكتبات العامة...إلخ[1]. وتتصرف الدولة في هذه الأموال بمقتضى القانون العام، وخاصة القانون الإداري.

وتخصيص الأموال للمنفعة العامة قد يكون فعلياً، كما لو خصصت الدولة قسماً من أراضيها لاستعمال الجمهور مباشرة، كالطرق والجسور والحدائق والمدافن دون استصدار قانون خاص بذلك. وقد يكون تخصيصاً بمقتضى قانون خاص لخدمة المرافق العامة التي تقوم بتقديم الخدمات العامة للجمهور، كالمباني الحكومية والمدارس والجامعات والمستشفيات والمطارات وغيرها.

ومن الممكن أن تتحول الأموال العامة إلى أموال خاصة بصدور قانون يقضي بإزالة صفة المنفعة العامة عن مال من الأموال المخصصة للمنفعة العامة بقانون سابق، أو بصدور قرار من دائرة حكومية يتضمن ان المال العام الذي كان مخصصاً للمنفعة العامة لم يعد مؤدياً الغاية التي كان مخصصاً لها. فمثل هذا القرار يزيل صفة المال العام ويلحقه بأملاك الدولة الخاصة التي يجوز للحكومة بيعها، كالأبنية الحكومية القديمة التي تهجرها الحكومة لعدم صلاحها للاستعمال العام. ويجوز أن يفقد المال صفته العامة دون حاجة إلى صدور قانون أو قرار بذلك، كما لو جف النهر أو غير مجراه . وهكذا الحكم بالنسبة لقطعة الأرض التي تتخلف من الشارع أو من رأس جسر بعد تعديله.

اهمية تقسيم الاموال إلى عامه وخاصة:

للتميز بين المال العام والمال الخاص أهمية من حيث أن الأموال الخاصة سواء أكانت

---

(١) لقد عرفت الشريعة الاسلامية الأموال العامة، بانها الاستحكامات والمرافيء وغيرها من الأموال المتخذة لحفظ الحدود والثغور التي لا تملك لأحد وكذلك القناطر والطرق والشوارع العامة التي ليست بملك لشخص معين ولا يجوز لأحد أن يختص بها ولا أن يمنع غيره من الإنتفاع بها، بل تبقى للعامة. (راجع شاكر ناصر حيدر-المرجع السابق-ص٣٢).

مملوكة للأفراد أم للأشخاص الحكمية الخاصة، لمالكها حق الملك التام عليها. فيجوز له التصرف فيها بكافة أنواع التصرفات القانونية من بيع وإيجار ورهن وهبة، ويجري فيها مرور الزمن وتترتب عليها حقوق ارتفاق ويجوز الحجز عليها، خلافاً للمال العام الذي لا يجوز في جميع الأحوال التصرف فيه أو الحجز عليها إطلاقاً من أجل استيفاء دين للفرد أو للأشخاص الحكمية الخاصة على الدولة. أو تملكها بمرور الزمن.[1]

ولكن يجوز للدولة أن تؤجر الأملاك العامة في بعض الأحوال، كإيجار ساحة عامة أو بناية عامة في بعض المواسم والمناسبات للأشخاص مقابل رسم معين مادام ذلك لا يخرجها عن تخصيصها للمنفعة العامة. كما يجوز لها أن تبيع ثمار الأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة.

خامساً- تقسيم الأشياء إلى مملوكة وغير مملوكة:

الأشياء المملوكة هي التي دخلت تحت الملكية منقولة كانت أم غير منقولة، فيكون لمالكها عليها حق الملك التام بحسب القوانين ، كالدار والسيارة والكتاب... إلخ.

أما الأشياء غير المملوكة فهي التي ليست مملوكة لأحد في الأصل، بل مباحة لكافة الناس، لأنه لا مالك لها ويجوز أن تصبح مملوكة لأول واضع يد عليها بالاستيلاء . وهذه الأشياء تسمى في الفقه الإسلامي وفي القانون المدني الأردني بـ(الأشياء المباحة)، كالطير في الهواء والسمك في البحر والشجر في الغابات المباحة والأشياء التي هجرها مالكوها وتخلوا عنها. فمثلاً من أحرز منقولاً مباحاً لا مالك له بنية تملكه، ملكه،[2] ويصبح المنقول بغير مالك إذا تركه مالكه بقصد التخلي عن ملكيته،[3] وتعتبر الحيوانات غير الأليفة بغير مالك ما دامت طليقة...إلخ[4].

المطلب الثاني

محل الحقوق الشخصية

ذكرنا سابقاً ان الحق إذا كان عينياً فمحله يكون شيئاً مادياً يقع عليه الاختصاص المباشر لصاحب الحق وتقوم العلاقة بصورة مباشرة بين الحق وصاحبه، ولذلك استقصينا ما يتعلق بالمال والشيء .

أما فيما يتعلق بالحق الشخصي، فإن محله يتصل بالأداء الذي يلتزم به المدين إزاء

---

(١) المادة (٢/٦٠) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (١٠٧٦) من القانون المدني الأردني.

(٣) المادة (١/١٠٧٧) من القانون المدني الأردني.

(٤) انظر المواد (١٠٧٦-١٠٨٤) من القانون المدني الأردني بخصوص الأموال غير المملوكة.

الدائن صاحب الحق. وهذا الأداء قد يكون التزاماً بنقل حق عيني أو القيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين.

فمما لا شك فيه ان الحق الشخصي ينطوي على سلطة تثبت للدائن وتخوله أن يلزم المدين بنقل حق عيني إليه أو بأداء عمل معين له أو بالامتناع عن عمل معين لصالحه. أي ان رابطة اقتضاء هذا العمل أو الامتناع عنه تحتاج دائماً إلى توسط شخص آخر لأداء العمل أو الامتناع عنه.

ففي الحق الشخصي ليس للدائن إلا سلطة غير مباشرة على محل الحق وهو لا يستطيع أن يستعمل هذه السلطة إلا بواسطة شخص آخر هو (المدين).ولذلك فهو لا يصل إلى حقه إلا عن طريق من التزم به وبمعونته، وتوجد في كل حق شخصي ثلاثة عناصر كما سبق أن ذكرنا ذلك، وهي: (صاحب الحق-الدائن) و (من عليه الحق- المدين) و(محل الحق - الأداء الذي يلتزم به المدين). ولذلك يجب شرح هذا الأداء الذي يلتزم به المدين إزاء الدائن في الحق الشخصي بشيء من التفصيل.

اولاً - الالتزام بنقل حق عيني:

قد يكون محل الحق الشخصي هو التزام شخص (المدين) بنقل حق عيني إلى آخر(الدائن)، مثل التزام البائع بنقل ملكية عقار إلى المشتري في عقد البيع، أو التزام المالك بنقل حق انتفاع إلى شخص آخر، أو ترتيب حق ارتفاق لشخص على عقار عائد لمالك عقار آخر. فإذا أخل المدين بوفاء ما التزم به دون وجه حق يلزمه القانون بذلك جبراً.

ثانياً - الالتزام بعمل معين:

وقد يكون محل الحق الشخصي في سلطة الاقتضاء هو التزام المدين بعمل يمكن إجباره على القيام به. والأعمال باعتبارها محلاً للحق الشخصي إما أن تكون أعمالاً إيجابية أو سلبية كما سبق أن ذكرنا. فيكون إيجابياً عندما ينصب على التزام القيام بعمل ممكن ومشروع ومعين أو قابل للتعيين، كالتزام الرسام برسم صورة زيتية، والتزام المقاول ببناء دار، والتزام العامل بحفر بئر، والتزام المحامي بالترافع في دعوى معينة، والتزام الناقل بنقل ركاب أو بضائع إلى مكان معين. ففي جميع هذه الصور يجب على الملتزم (المدين) الوفاء بما التزم به وإلا حقت عليه مسؤولية أداء التعويض.

وإذا كان موضوع الحق عملاً تستوجب طبيعته أو الاتفاق قيام المدين به شخصياً، جاز للدائن أن يرفض الوفاء به من غيره وأن يطلب إذناً من المحكمة للقيام به على نفقة المدين أو تنفيذه دون إذن إذا استوجبت الضرورة ذلك. كالتزام رسام معين برسم صورة زيتية أو

التزام جراح معين بإجراء عملية جراحية، أو التزام مطربة معينة بأحياء حفلة غنائية . فهنا يكون لشخص الرسام والجراح والمطربة محل اعتبار في القيام بالعمل الملتزم به .[1]

ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين، كالتزام المقترض في عقد القرض برد مثل ما قبض مقداراً ونوعاً ووصفاً عند انتهاء مدة القرض،[2] و البائع في عقد البيع ملزم بتسليم المبيع و المشتري صاحب حق شخصي ملزم بتسلمه. و المشتري ملزم بدفع الثمن والبائع صاحب حق شخصي ملزم بتسلمه. والذي يحدث ضرراً لآخر ملزم بتعويض هذا الضرر، والمتضرر صاحب حق شخصي في الحصول على مبلغ التعويض. وهكذا...[3]

فإذا امتنع الملتزم بأداء أو بتسليم ما التزم به بدون وجه حق يلزمه القانون بذلك جبراً.[4]

ثالثاً - الالتزام بالامتناع عن القيام بعمل:

ذكرنا ان الأعمال باعتبارها محلاً للحق الشخصي قد تكون سلبية عندما يلتزم المدين بالامتناع عن القيام بعمل معين لمصلحة الدائن، كأن يبيع صاحب مصنع مصنعه لآخر ويلتزم في عقد البيع بعدم إقامة مصنع جديد آخر من نفس النوع وفي نفس المكان خلال مدة معينة، أو كأن يلتزم ممثل في مواجهة شركة سينمائية معينة بعدم التمثيل في أفلام تنتجها شركات سينمائية أخرى لمدة خمس سنوات، أو كأن يتفق تاجر مع مستورد على أن يورد له دون غيره بضاعة معينة من البضائع وعدم توريدها لتاجر آخر في نفس المدينة لمدة خمس سنوات، أو كأن يتعهد المشتري في عقد البيع بعدم التصرف في المبيع مدة معينة من الزمن لحين تسديد أقساط الثمن المتفق عليها، أو كأن يلتزم العامل المطلع على أسرار العمل بأن لا ينافس صاحب العمل لمدة معينة بعد إنتهاء عقده[5].

ويكون الجزاء في حالة ماإذا أقدم الملتزم على اتيان العمل الذي التزم بعدم القيام به

---

(١) تنص المادة (٣٥٦) من القانون المدني الأردني على انه : ١-إذا كان موضوع الحق عملاً واستوجبت طبيعته أو نص الاتفاق على أن يقوم المدين به بشخصه جاز للدائن أن يرفض الوفاء به من غيره. ٢- فإذا لم يقم المدين بالعمل جاز للدائن أن يطلب إذناً من القضاء بالقيام به على نفقة المدين أو تنفيذه دون إذن إذا استوجبت الضرورة ذلك).

(٢) تنص المادة (٦٤٤) من القانون المدني الأردني على أن :(يلتزم المقترض برد مثل ما قبض مقداراً ونوعاً وصفة عند انتهاء مدة القرض ولا عبرة لما يطرأ على قيمته من تغيير وذلك في الزمان والمكان المتفق عليهما . ٢- فإذا تعذر رد مثل العين المقترضة انتقل حق المقرض إلى قيمتها يوم قبضها).

(٣) انظر الدكتور عبد المجيد الحكيم - المرجع السابق ص ٢٤.

(٤) راجع المواد (٣٥٥-٣٦٤) من القانون المدني الأردني بخصوص التنفيذ الجبري في حالة اخلال المدين بوفاء ما التزم به من تنفيذ عيني أو شخصي أو إلتزامه بالتعويض.

(٥) انظر المادة (١/٨١٨) من القانون المدني.

في الاتفاق المبرم بينه وبين المتعاقد الآخر، إزالة هذا العمل الذي قام به، أو يصار إلى الحكم بتعويض يدفعه إلى الدائن الذي أخل بالتزامه تجاهه.[1]

وكما سبق أن ذكرنا يشترط في الأعمال باعتبارها محلاً للحقوق الشخصية إيجابية كانت أم سلبية أن تكون ممكنة ومشروعة ومعينة أو قابلة للتعيين.

المطلب الثالث
محل الحقوق الادبية او المعنوية

ذكرنا سابقاً ان الحقوق المالية قد يكون موضوعها نتاجاً ذهنياً يبتكره الشخص، كالتأليف والشعر واللحن والاختراع ، فتخول صاحبها مجموعة من الامتيازات التي تثبت للمبتكر على نتاجه تسمى (الحقوق الأدبية أو المعنوية أو الذهنية).

وقد ظهرت هذه الطائفة من الحقوق نتيجة التطور الثقافي والاقتصادي والصناعي وهي حقوق ذهنية أو فكرية أو أدبية أو معنوية لا تندرج تحت طائفة الحقوق العينية ، لأنها لا ترد على شيء مادي[2]، ولا تندرج من جهة أخرى تحت طائفة الحقوق الشخصية لأنها لا تخول صاحبها مطالبة شخص آخر بأداء عمل أو الامتناع عنه، وإنما لأصحاب هذه الحقوق وحدهم أو لورثتهم بعد وفاتهم الاستئثار بثمرة هذا النتاج والحصول على مردودها المالي في حماية القانون أياً كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها، كحق المؤلف والمخترع والمبتكر والمكتشف. وقد نصت المادة (٢/٧١) من القانون المدني الأردني على أن:(ويتبع في شأن حقوق المؤلف والمخترع والفنان والعلامات التجارية وسائر الحقوق المعنوية الأخرى أحكام القوانين الخاصة).

وقد أصدر المشرع الأردني هذا القانون الخاص برقم ٢٢ لسنة ١٩٩٢ بإسم قانون حماية حقوق المؤلف لحماية المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة مثل الكتب والمحاضرات والخطب والمواعظ والمسرحيات والتمثيل الايمائي والموسيقى والسينما والإذاعة السمعية والبصرية وأعمال الرسم والتصوير والنحت والحفر والعمارة والفنون التطبيقية والزخرفة

---

(١) تنص المادة (٣٥٩) من القانون المدني الأردني على انه :(اذا كان موضوع الحق هو الامتناع عن عمل وأخل به المدين جاز للدائن إزالة ما وقع مخالفاً له أو أن يطلب من القضاء إذناً بالقيام بهذه الازالة على نفقة المدين). انظر المواد (٣٥٥-٣٦٤) من القانون المدني، وانظر أيضاً الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون-المرجع السابق-ص١٩٨.

(٢) تنص المادة (١/٧١) من القانون المدني على ان :(الحقوق المعنوية هي التي ترد على شيء غير مادي).

والصور التوضيحية والخرائط والتصميمات وبرامج الحاسوب . . . . .إلخ"[1].

فمحل الحقوق المعنوية لا يدرك بالحس بل بالفكر، والاستئثار فيها يرد على أشياء معنوية غير مادية ذات كيان خارجي عن الشخص، رغم ان الشخص هو الذي أوجدها. فهي تنتمي إليه بسبب انه هو الذي أنشأها كحق المؤلف فيما ألفه وحق المخترع فيما اخترعه. ولهذا يكون انتماء هذه الحقوق له مباشرة بحيث لا يتوسط بينها وبين أصحابها وسيط بخلاف ما هو في الحق الشخصي.[2]

وقد اختلف الفقهاء في تكييف طبيعة هذه الحقوق. فمنهم من وصفها بانها ملكية أشياء معنوية تشبيهاً لها بالحقوق العينية. ولكن هذا التكييف تعرض لانتقادات شديدة. فالحق المعنوي يختلف عن الحق العيني بأنه يرد على شيء غير مادي، كما انه بحكم طبيعته لا يقبل التأبيد والاستئثار. فاستغلال الحق المعنوي يفترض بالضرورة جعل استعمال محل هذا الحق في متناول أيدي الناس، في حين ان للمالك وحده أن يستأثر باستعمال واستغلال الشيء الذي يملكه في الحق العيني .

كما ان الحق المعنوي ليس في أغلب صوره حقاً مالياً خالصاً، فهو يتضمن بالإضافة إلى جانبه المالي المتمثل باستغلال هذا الحق مالياً، جانباً معنوياً وثيق الصلة بشخص صاحبه.[3]

ومن أجل ذلك يرجح الفقه تكييف الحقوق الذهنية بأنها من نوع خاص تنطوي على عنصرين أحدهما مالي والآخر معنوي، وقد أخذ القانون المدني الأردني بهذا التكييف فأخضعها لأحكام قانون خاص.[4]

المبحث الثالث

إقرار القانون بوجود الحق

مما لا شك فيه ان قواعد القانون في تنظيمها لعلاقات الأشخاص في المجتمع إذا قررت حقاً لأحد الأطراف تقرر بالضرورة واجباً على الطرف الآخر المقابل تلزمه فيه باحترام هذا الحق ومنع الاعتداء عليه. فالحق إذن اختصاص قانوني مزود بوسائل حماية مختلفة تكفل احترام المصلحة التي يهدف إلى تحقيقها. ولكن الحماية القانونية التي يزود

---

(١) انظر المادة (٣) من القانون المذكور.

(٢) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير -المرجع السابق-ص٢٢٥.

(٣) انظر محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه-المرجع السابق-ص٢٢٥.

(٤) انظر المادة (٢/٧١) من القانون المدني الأردني.

بها الحق والتي تكفل احترامه، اختلف الفقهاء بصدد اعتبارها أو عدم اعتبارها عنصراً من عناصر الحق. فبينما يوليه البعض، ومنهم (اهرنج) أهمية كبيرة ويعتبرونها عنصراً أساسياً لا يمكن أن تكون للحق قيمة بدونها ويعتبرون الدعوى القضائية التي رسمها القانون لتحقيق هذه الحماية هي نتيجة لازمة للحق، على أساس ان الشخص لا يستطيع الوصول إلى حقه بدون تدخل السلطة ومساعدتها، يرى البعض الآخر منهم أن الحماية القانونية للحق من آثار وجود الحق، فلا تدخل من حيث منطق القانون عنصراً من عناصر الحق. لأن القانون لا يمكن أن يحمي شيئاً لم يوجد بعد بينما الحماية القانونية لاحقة لنشوء الحق.[1]

وعلى كل حال فإن الوسائل التي تتحقق بها الحماية القانونية للحق متعددة ومختلفة وفرها القانون لصاحب الحق، منها وسيلة قانونية بدون دعوى، ووسيلة قانونية بدعوى.

فالوسيلة الأولى وفرها القانون لصاحب الحق للوصول بواسطتها إلى حقه بدون دعوى. أي بدون اللجوء الى القضاء وإقامة الدعوى لديه مطالباً بالحق، ومثال ذلك تقديم الطلب إلى السلطات المختصة في الدولة للحصول على حق يقرره القانون له أو لدفع الاعتداء عنه. فمن لم يُذكر اسمُه ضمن قوائم أسماء الذين لهم حق الانتخاب في الانتخابات العامة رغم توافر الشروط القانونية المطلوبة فيه، له حق الاعتراض على ذلك بتقديم طلب إلى السلطة المختصة مطالباً فيه تمكينه من التمتع بحقه الدستوري الذي نص عليه الدستور[2] وإدراج اسمه في القوائم المعلنة. وهنا تبت الجهة المختصة في الطلب بالإيجاب بعد التأكد من توافر الشروط القانونية فيه وتدرج اسمه في القوائم المعلنة فيحصل هذا المواطن على حقه بهذه الوسيلة عن طريق التظلم بالعرائض الذي يقره الدستور دون دعوى قضائية .[3]

و يُمكّن القانون صاحب الحق من الوصول إلى حقه ودفع الاعتداء عنه بنفسه بدون دعوى في حالات كثيرة، منها حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو العرض أو المال في قانون العقوبات، وحق الاحتباس في القانون المدني ...إلخ.

ففي حالة الدفاع الشرعي عن النفس أو العرض أو المال أجاز قانون العقوبات للفرد أن يدفع الاعتداء عن حقه في الحياة أو عن أمواله أو عرضه وتنفيذ العقاب بنفسه في المعتدي بدون مراجعة السلطة ولو أدى ذلك إلى قتل المعتدي أو إيذائه، رغم ان الأصل في

(١) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير-المرجع السابق-ص٢٢٦ و ٢٣٢

(٢) تنص المادة (١٧) من دستور المملكة الأردنية الهاشمية لسنة ١٩٥٢ على ان :(للأردنيين الحق في مخاطبة السلطات العامة فيما ينوبهم من أمور شخصية أو فيما له صلة بالشؤون العامة بالكيفية والشروط التي يعينها القانون).

(٣) راجع الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون -المرجع السابق-ص١٩٩ وما بعدها .

القانون المعاصر عدم جواز قيام الشخص باقتضاء حقه من الغير بنفسه بل عليه أن يلجأ في ذلك إلى الجهة المختصة. وذلك لأن اللجوء إلى الجهة المختصة في حالة الدفاع الشرعي متعذر ويفوت فرصة الدفاع عن الحق الذي يقره القانون .[1]

وفي حق الاحتباس، للمدين أن يحبس عن الدائن ما التزم به مادام هذا الدائن لم يوف بالالتزام الذي عليه. فلكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوف بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به. ولكل واحد من المتعاقدين في المفاوضات المالية بوجه عام أن يحتبس المعقود عليه وهو في يده حتى يقبض البدل المستحق[2]

أما الوسيلة الثانية التي وفرها القانون لحماية الحق فهي (الدعوى) .أي طلب شخص حقه من آخر أمام القضاء. والدعوى أهم وسيلة لحماية الحق وتقام أمام المحاكم النظامية بالإجراءات المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات المدنية وتبدأ هذه الإجراءات بتقديم لائحة الدعوى إلى المحكمة المختصة تتضمن اسم المحكمة وموضوع الدعوى واسم المدعي ومهنته ومحل عمله وموطنه واسم المدعى عليه وشهرته ومهنته ومحل إقامته والأمور الواقعية التي نشأت عنها أسباب الدعوى وأسانيدها وما يطلبه المدعي بدعواه .[3]

(١) تنص المادة (٣٤١) من قانون العقوبات الأردني رقم (١٦) لسنة ١٩٦٠ على ان :(تعد الأفعال الآتية دفاعاً مشروعاً: ١- فعل من يقتل غيره أو يصيبه بجراح أو بأي فعل مؤثر دفاعاً عن نفسه أو عرضه أو نفس غيره أو عرضه، بشرط أن :أ- يقع الدفع حال وقوع الاعتداء .ب- أن يكون الاعتداء غير محق. ج- أن لا يكون في استطاعة المعتدى عليه التخلص من هذا الاعتداء إلا بالقتل أو الجرح أو الفعل المؤثر ٢- فعل من يقتل غيره أو يصيبه بجراح أو بأي فعل مؤثر دفاعاً عن ماله أو مال غيره الذي هو في حفظه ... إلخ) .وتنص المادة (٨٩) منه على انه : (لا يعاقب الفاعل على فعل ألجأته الضرورة الى أن يدفع به في الحال عن نفسه أو غيره أو عن ملكه أو ملك غيره، خطراً جسمياً محدقاً لم يتسبب هو فيه قصداً شرط أن يكون الفعل مناسباً للخطر). وتنص المادة (٢٦٢) من القانون المدني الأردني على ان :(من أحدث ضرراً وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسؤول على ألا يجاوز قدر الضرورة وإلا أصبح ملزماً بالضمان بقدر ما جاوزه).

(٢) انظر في المادتين (٣٨٧ و ٣٨٨) من القانون المدني الأردني .

(٣) انظر المادة (٥٦) من قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٨ .

الفصل الثالث
مصـــادر الحـــق

يقصد بمصطلح (مصادر الحق) المنابع التي تنبع منها الحقوق، سواء أكانت هذه الحقوق عامة أم خاصة، وسواء أكانت عينية أم شخصية أم معنوية.

ومما لا شك فيه ان المصدر الأساس للحق هو القانون، لأن الحقوق تستند في وجودها إلى القانون. فكل الحقوق تُرَدُّ إلى القانون لأنه هو الذي يقررها ويحميها، فلايوجد حق لا ينص عليه القانون صراحة أو تدل عليه إشارته أو فحواه، أو تقره قواعده العامة المستقرة المقبولة في (نظمه). ولا يتصور اليوم وجود حق بصورة مجردة عن القانون، فالقانون هو الذي يعتبر بعض التصرفات والوقائع والحالات مصادر تنشأ عنها الحقوق.[1]

ولكن القانون على هذا النحو يعتبر المصدر البعيد للحق لأنه عندما يقرر حقاً من الحقوق، إنما يقره نتيجة وقائع وأحداث تسمى (الواقعة القانونية). والواقعة القانونية قد تكون من عمل الطبيعة، فتسمى(وقائع طبيعية) وقد تكون من عمل الإنسان، فتسمى (وقائع اختيارية).

فهذه الوقائع هي المصادر المباشرة للحق. أما الأعمال الإرادية أو التصرفات الإرادية التي يقوم بها الإنسان فتسمى بـ(الأعمال أو التصرفات القانونية)، لأنها هي أعمال إرادية بحتة تتجه الإرادة فيها إلى إحداث نتائج قانونية معينة. ولهذا فإن مصادر الحق اثنان هما:

١- الواقعة القانونية.

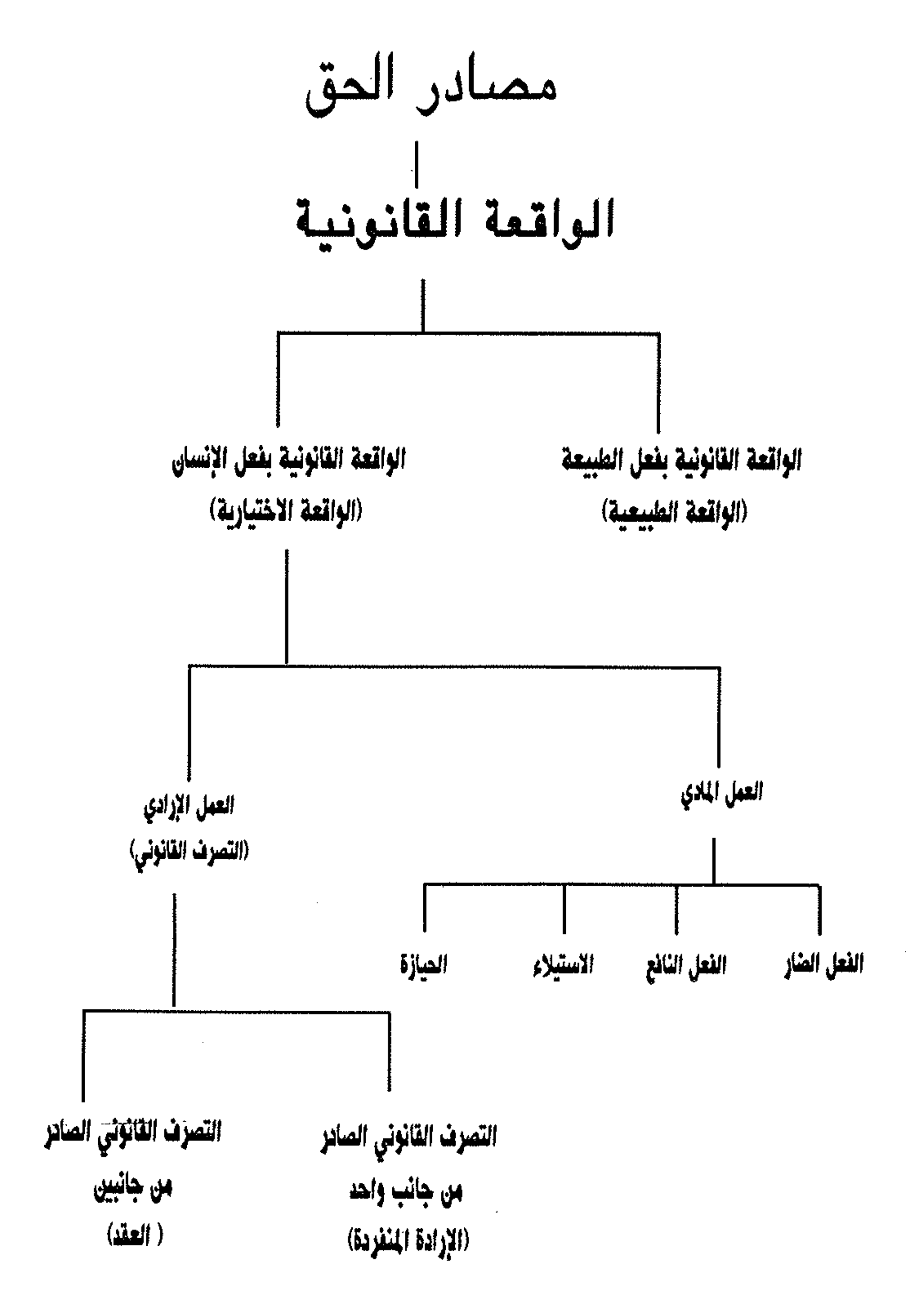
٢- التصرف القانوني.

المبحث الأول
الواقعة القانونية

الواقعة القانونية هي كل عمل مادي يقع بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان ويترتب عليه الأثر القانوني، كأنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله كلياً. فالواقعة التي تقع بفعل الطبيعة تسمى(واقعة طبيعية)، والواقعة التي تقع بفعل الإنسان تسمى(واقعة اختيارية). وزيادة في الفائدة فقد وضعنا المخطط الموضح لمصادر الحق في الصفحة التالية كالآتي:

---

(١) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز-المرجع السابق-ص٣٢٥.



مصادر الحق
الواقعة القانونية
الواقعة القانونية بفعل الطبيعة
(الواقعة الطبيعية)
الواقعة القانونية بفعل الإنسان
(الواقعة الاختيارية)
العمل المادي
العمل الإرادي
(التصرف القانوني)
الفعل الضار
الفعل النافع
الاستيلاء
الحيازة
التصرف القانوني الصادر
من جانب واحد
(الإرادة المنفردة)
التصرف القانوني الصادر
من جانبين
(العقد)

المطلب الأول

الواقعة الطبيعية

الواقعة الطبيعية هي التي تقع بفعل الطبيعة مستقلة عن نشاط الشخص. أي دون أن يكون للإنسان أي دخل في حصولها وتكون سبباً في إنشاء الحقوق وانقضائها. لأن القانون يرتب عليها آثاراً قانونية، كإنشاء حق أو نقله أو تغييره أو زواله كلياً، وتكون مصدراً للحقوق السياسية والحقوق العامة والحقوق المالية والعائلية والحقوق الأدبية وغيرها .

فالزلازل واقعة طبيعية قد تؤدي إلى نقل قطعة أرض من مكانها إلى مكان آخر أو إلى تلصيق ملكين أو هدم دار بتمامها فتسبب هلاكها وانقضاء الحقوق العينية الواردة عليها. وعندئذٍ لمالك الأرض التي تحولت من مكانها بفعل الطبيعة أن يطالب بها خلال سنة من تاريخ وقوع الحادث إذا تحققت معرفتها، ويضمن صاحب الأرض الأكثر قيمة لصاحب الأرض الأقل قيمة قيمتها ويمتلكها.[1]

والعواصف قد تقتلع الأشجار وتحطم الدور، وفيضان النهر أو السيل قد يأتي بالطمي بطريقة تدريجية إلى أرض أحدهم فيكون ملكاً له.[2]

وقد تتكون الجزر الكبيرة والصغيرة بصورة طبيعية في مجرى الأنهر أو من انحسار ماء البحر أو البحيرات أو الغدران أو المستنقعات، فتعتبر جزءاً من أملاك الدولة الخاصة.[3]

والواقعة الطبيعية قد تكون مصدراً للحقوق السياسية أو الدستورية. فبلوغ الشخص التاسعة عشرة من عمره يجعله أهلاً لممارسة حق الانتخاب.[4] وبلوغه الثلاثين يجعله أهلاً لترشيح نفسه لعضوية المجلس النيابي.[5]

وقد تكون الواقعة الطبيعية مصدراً للحقوق العائلية. فولادة الإنسان واقعة طبيعية تترتب عليها حقوق وواجبات عائلية بين الأبناء والآباء، كالنفقة والتربية والحضانة والإرث

---

(١) المادة (١١٣٢) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (١١٣١) من القانون المدني الأردني.

(٣) المواد (١١٣٣ - ١١٣٦) من القانون المدني الأردني.

(٤) الفقرة (أ) من المادة (٣) من قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم ٢٢ لسنة ١٩٨٦.

(٥) الفقرة (د) من المادة (١٨) من قانون الانتخاب لمجلس النواب رقم ٢٢ لسنة ١٩٨٦.

بالنسبة للمولود، وحق التأديب والتربية بالنسبة للأب .

والوفاة أيضاً واقعة طبيعية تؤدي إلى نشوء حقوق لورثة المتوفى في تركته المنقولة وغير المنقولة. فتنتقل بها الملكية من شخص لآخر وتجعل الوارث مالكاً لعقار كان في الأصل يعود لمورثه ويصبح بذلك الوارث صاحب حق ملكية. أي أن فعل الموت قد أكسبه حقاً عينياً يعترف به القانون ويحميه.[1]

وكذلك قد تكون الواقعة القانونية الطبيعية مصدراً للحقوق الأدبية، فالاختراع وتأليف كتاب وتلحين أغنية يعطي للمخترع والمؤلف والملحن مجموعة حقوق وامتيازات على هذا الاختراع والتأليف واللحن بعد إجراءات خاصة.[2]

المطلب الثاني

الواقعة الاختيارية

هي التي تقع بفعل الإنسان سواء صدرت عنه بإرادته أم بدونها. أي التي تُرد إلى نشاط الشخص، سواء أكان نشاطاً مقصوداً لغرض ترتيب أثر قانوني معين وهذا هو (العمل أو التصرف القانوني)، أم لم يكن مقصوداً وهو (العمل المادي)، وسوف نبحثهما في الفرعين التاليين .

الفرع الأول

العمل المادي

العمل المادي هو الواقعة القانونية التي تقع بفعل الإنسان ويترتب عليها الأثر القانوني دون اعتبار لوجود الإرادة أو عدم وجودها في وقوعها. أو بالأحرى بصرف النظر عن نية من صدر عنه الفعل. لأن القانون لا يعتد بالإرادة في ترتيب هذا الأثر، وإنما يعتد بالفعل الواقع ويرتب الأثر القانوني عليه بمجرد وقوعه ولولم تقصد الإرادة هذا الأثر فعلاً، كما لو دعس أحدهم آخر وأحدث في جسمه أذى، فينشأ للمتضرر حق طلب التعويض ولو كان الدعس قد حصل عن خطأ بدون قصد.[3]

والأعمال المادية التي تصدر عن الإنسان ويرتب عليها القانون أثراً بصرف النظر

---

(١) تنص المادة(١/١٠٨٦) من القانون المدني الأردني على أن:(يكسب الوارث بطريق الميراث العقارات والمنقولات والحقوق الموجودة في التركة).

(٢) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز -المرجع السابق-ص٣٢٦.

(٣) انظر الاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير-المرجع السابق-ص٢٤٣

عن توجه إرادته إلى إحداث هذا الأثر هي: (الأفعال الضارة) و (الأفعال النافعة) و (الاستيلاء) و(الحيازة) وكالآتي:

اولاً - الفعل الضار :

وهو كل عمل مادي يقوم به الشخص ويلحق الضرر بشخص آخر، فيحق للمتضرر أن يطالب مرتكب الفعل بالتعويض عن الضرر الذي لحقه، سواء أكان الفعل الضار الذي سبب الضرر قد وقع عمداً أم نتيجة إهمال وتقصير.[1] وقد يقع الفعل الضار هذا على المال، ومنه الإتلاف والغصب، وقد يقع على النفس، ومنه القتل والجرح والضرب والإيذاء[2].

وتقوم مسؤولية الفعل الضار على ثلاثة أركان هي:

أ- وقوع فعل ضار

ب- حصول ضرر

جـ- وجود علاقة سببية بين الفعل والضرر.

فإذا توافرت هذه الأركان أمكن مساءلة الفاعل ومطالبته بالتعويض على أساس (الفعل الضار). لأن من يتلف مالاً للغير عمداً أو إهمالاً أو تقصيراً يلزم بالتعويض، وفي هذه الحالة ينشأ للغير حق يصير بمقتضاه دائناً بمبلغ التعويض.[3] وقد تترتب على الفعل الضار المسؤولية المدنية والمسؤولية الجنائية في آن واحد،[4] فيبرر طلب التعويض ومعاقبة الفاعل في وقت واحد، كما في القتل والجرح، حيث يجتمع الجزاء المدني والجزاء الجنائي في قضية واحدة.[5]

---

(١) تنص المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني على أن :(كل اضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر). وبمقتضى المادة (٢٧٠) منه يقع باطلاً كل شرط يقضي بالاعفاء من المسؤولية المترتبة على الفعل الضار.

(٢) انظر في المادتين (٢٧٣ و ٢٧٥) من القانون المدني الأردني.

(٣) تنص المادة (٢٧٥) من القانون المدني الأردني على ان:(من أتلف مال غيره أو افسده ضمن مثله إن كان مثلياً و قيمته إن كان قيمياً وذلك مع مراعاة الأحكام العامة للتضمين). وتنص المادة (٢٧٤) منه على ان:(كل من أتى فعلاً ضاراً بالنفس من قتل أو جرح أو ايذاء يلزم بالتعويض عما أحدثه من ضرر للمجنى عليه أو ورثته الشرعيين أو أن كان يعولهم، وحرموا من ذلك بسبب الفعل الضار). فالقانون المدني الأردني وذلك المسؤولية التقصيرية على الفعل الضار وليس على الخطأ ، لأن الخطأ يستلزم الادراك وذلك تمشياً مع أحكام الفقه الاسلامي التي تعتد بالفعل المادي فقط دون العنصر المعنوي القائم على إدراك أثر الفعل ، ولهذا فإن الصغير لو أتلف مال الغير لزمه الضمان من ماله بمقتضى المادة (٢٧٨) من القانون المدني وذلك لأن الشرع القويم لم يشترط لمسؤولية محدث الضرر أهلية أو تمييز (وكلّ إنسان ألزمناه طائرة في عنقه: الآية ١٣: الاسراء). ولذلك فان جمهور الفقهاء من السلف والخلف يلزمون الصغير- منذ ولادته- الذي يتلف مال غيره بالضمان في ماله.

(٤) تنص المادة (٢٧١) من القانون المدني الأردني على انه:(لا تخل المسؤولية المدنية بالمسؤولية الجنائية متى توفرت شرائطها ولا أثر للعقوبة الجزائية في تحديد نطاق المسؤولية المدنية وتقدير الضمان).

(٥) انظر الصفحة ٢٦ من الكتاب.

ثانياً - الفعل النافع :

وهو كل عمل مادي يترتب عليه إثراء شخص على حساب شخص آخر دون سبب مشروع، فيرتب القانون لمن افتقرت ذمته حقاً في الرجوع على من أثرى على حسابه، وذلك بمطالبة تعويضه عما لحقه من خسارة. فلا يسوغ لأحد أن يأخذ مال غيره بلا سبب مشروع، وان أخذه عليه رده. ومن كسب مالاً من غيره بدون تصرف مكسب وجبت عليه قيمته لهذا الغير مالم يقضِ القانون بغير ذلك."[1]

ثالثاً-إحراز المباحات :

وإلى جانب الأعمال النافعة والأعمال الضارة توجد بعض الأعمال المادية الأخرى التي يرتب عليها القانون أثراً وتكتسب بها الحقوق، ومنها (إحراز المباحات).

فإحراز المباحات هو وضع اليد على مال منقول أو غير منقول مباح لا مالك له بنية تملكه. إذ تنص المادة (١٠٧٦) من القانون المدني الأردني على ان:(من أحرز منقولاً مباحاً لا مالك له بنية تملكه ملكه). وبمقتضى المادة (١٠٨١) منه من أحيى أو عمر أرضاً من الأراضي الموات بإذن من السلطة المختصة كان مالكاً لها و للسلطة المختصة أن تأذن بأحياء الأرض على أن ينتفع بها فقط دون تملكها ."[2]

رابعاً- الحيازة:

ومن الأعمال المادية الأخرى التي يرتب عليها القانون أثراً الحيازة. وهي وضع مادي، به يسيطر شخص بنفسه أو بواسطة غيره سيطرة فعلية على شيء أو حق يجوز التعامل فيه مدة مقررة في القانون، سواء أكان هذا الشخص هو صاحب الشيء أم لم يكن صاحبه ."[3]

فالحيازة واقعة مادية تتكون من عنصرين هما :

١- عنصر مادي وهو وضع اليد على الشيء للمدة المقررة في القانون.

٢- عنصر معنوي وهو نية التملك.

فالحيازة تتحقق بتوافر العنصرين المذكورين وتمنع سماع الدعوى عند الإنكار في الحق العيني الأصلي إذا استمرت ١٥ سنة دون انقطاع. واذا كان الحائز مستنداً في حيازته إلى

(١) انظر المادتين (٢٩٣ و ٢٩٤) من القانون المدني الأردني.

(٢) راجع المواد (١٠٧٦-١٠٨٤) من القانون المدني الأردني .

(٣) تنص المادة (١١٧١) من القانون المدني الأردني على أن:(١- الحيازة سيطرة فعلية من الشخص بنفسه أو بواسطة غيره على شيء أو حق يجوز التعامل فيه).

سبب صحيح وحسن النية فإن مدة الحيازة تنقص إلى سبع سنوات في هذه الحالة.[1]

أما في المنقول فالقاعــدة هي ان (الحيازة في المنـقول سند الملكية)، وقد نصت على ذلك المادة (١١٨٩) من القانون المدني الأردني بقولها :(١- لا تسمع دعوى الملك على من حاز منقولاً أو حقاً عينياً على منــقول أو سنداً لحامــله وكانت حيازته تستند إلى سبب صحيح وحسن نية. ٢- وتقوم الحيازة بذاتها قرينة على الملكية ما لم يثبت غير ذلك).

وتعتبر الحيازة مستمرة من بدء ظهورها باستعمال الشيء أو الحق استعمالاً اعتيادياً وبصورة منتظمة.[2]

الفرع الثاني
العمل الإرادي
(التصرف القانوني)

التصرف القانوني هو العمل الإرادي المحض الذي يتجه إلى إحداث أثر قانوني ما. أي اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين قد يكون إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إزالته. فالأثر القانوني يترتب في هذه الحالة بمقتضى إرادة الشخص وتسليم القانون بذلك. ومما لا شك فيه ان للتصرف القانوني مميزين هما: إرادة الشخص باعتبارها موجهة إلى غرض معين، وتسليم القانون بهذه الإرادة الموجهة. وذلك لأن الإرادة وإن كانت حرة من حيث المبدأ في توجهاتها الاختيارية إلا أنها تخضع لاعتبارات من حيث الواقع لا يجوز تخطيها وتجاوزها. فمثلاً ليس للفرد أن ينشئ بإرادته الحرة ما يخالف النظام العام والآداب.[3]

فالتصرف القانوني يختلف عن العمل المادي على أساس ان الأثر القانوني يترتب على التصرف القانوني، لأن الإرادة قد اتجهت إليه فينشأ الحق مستنداً إلى هذه الإرادة بحيث يكون المرجع إلى هذه الأخيرة وحدها في تحديد مضمون هذا الحق ومداه، في حين ان الأثر القانوني يترتب على العمل المادي بمجرد وقوع الفعل، سواء اتجهت الإرادة إلى إحداثه أم لا. كما يجب إثبات التصرف القانوني بطرق إثبات قانونية محددة، في حين يجوز إثبات

---

(١) تنص المادة (١١٨١) من القانون المدني الأردني على ان:(من حاز منقولاً أو عقاراً غير مسجل في دائرة التسجيل باعتباره ملكاً له أو حاز حقاً عينياً على منقول، أو حقاً عينياً غير مسجل على عقار، واستمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة فلا تسمع عليه عند الانكار دعوى الملك أو دعوى الحق العيني من أحد ليس بذي عذر شرعي) وتنص المادة (١١٨٢) منه على انه:(١-اذا وقعت الحيازة على عقار أو حق عيني عقاري وكان غير مسجل في دائرة التسجيل واقترنت الحيازة بحسن النية واستندت في الوقت ذاته إلى سبب صحيح فإن المدة التي تمنع من سماع دعوى تكون سبع سنوات).

(٢) انظر المادة (١/١١٧٣) من القانون المدني الأردني.

(٣) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق- ص٣٢٨-٣٢٩ والاستاذ عبد الباقي البكري وزهير البشير- المرجع السابق- ص٣٤٥.

العمل المادي بجميع طرق الإثبات[1] لأنه لو حصل فعل ضار لشخص، كالدعس مثلاً، فلا يعقل أن يطلب من المتضرر دليل كتابي لإثبات ذلك، وإنما له أن يثبت الواقعة بكل طرق الإثبات.

والتصرف القانوني قد يتم بإرادة منفردة. أي بتصرف صادر من جانب واحد وإرادة واحدة، كما في الإقرار، والوصية التي هي تمليك مضاف إلى ما بعد الموت من الموصي بدون عوض، وكالوعد بجائزة(الجعالة). وقد لا يتم إلا بالتقاء وتوافق إرادتين حرتين ببعضهما لإحداث الأثر القانوني. أي بتصرف صادر من جانبين كما هو الحال في العقود، كعقد البيع والإيجار والرهن والقرض وجميع الالتزامات التعاقدية الاعتيادية الأخرى الملزمة للجانبين. فآثار التصرف القانوني تحصل بإرادة الشخص لا بقوة القانون، وعليه لابد من شرحهما بشيء من الإفاضة.

أولاً- *التصرف القانوني الصادر من جانب واحد* (الإرادة المنفردة).

وهو عمل قانوني من جانب واحد، حيث يلزم الشخص نفسه بإرادته المنفردة دون أن تقترن هذه الإرادة بإرادة شخص آخر، كما في الوصية التي هي تعبير عن إرادة الموصي المنفردة، ولاتحتاج في قيامها لقبول الموصى له. فمن المتصور أن تنتج الإرادة المنفردة بعض الآثار القانونية بالعمل القانوني الصادر من جانب واحد وتكون سبباً لإنشاء حق عيني، مثل الوصية بعقار، أو في انقضاء حق عيني، كالتنازل عن الرهن التأميني أو عن حق ارتفاق، أو في إنهاء رابطة تعاقدية، كما في الوديعة والوكالة أو في إسقاط حق شخصي، كما في الإبراء.[2]

فالتشريعات الحديثة تعترف بدور الإرادة المنفردة في إحداث آثار قانونية وإنشاء الحقوق، وهذا هو اتجاه القانون المدني الأردني في المواد (٢٥٠-٢٥٥) منه[3]. فمثلاً تنص المادة (١/٢٥٥) منه على أن:(من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين وعين له أجلاً التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة

(١) انظر الدكتور سعيد عبد الكريم- المرجع السابق- ص٣٤٩ والدكتور عبد القادر الفار - المرجع السابق- ص١٥٢ وما بعدها.

(٢) راجع مواد القانون المدني الأردني (١/١١٢٥) بالنسبة للوصية و(١٣٦٨) بالنسبة للتنازل عن الرهن التأميني و(٨٩٢) بالنسبة لفسخ عقد الوديعة و(٨٦٣) بالنسبة لإنهاء عقد الوكالة و(٤٤٤) بالنسبة لسقوط الحق الشخصي بالإبراء.

(٣) إذ تنص المادة(٢٥٠) منه على أن :(يجوز أن يتم التصرف بالإرادة المنفردة للمتصرف دون توقف على القبول مالم يكن فيه إلزام الغير بشيء وذلك طبقاً لما يقضي به القانون). وتنص المادة (٢٥١) منه على ان:(١- تسري على التصرف الانفرادي الأحكام الخاصة بالعقود إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لنشوء العقد. وذلك ما لم ينص القانون على غير ذلك ٢- ويبقى الايجاب في العقود خاضعاً للأحكام الخاصة به).

٢- وإذا لم يعين الواعد أجلاً للقيام بالعمل جاز له الرجوع في وعده بإعلان للكافة على ألا يؤثر ذلك في حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد .....).

فالوعد بجائزة أو (الوعد بجعل أو الجعالة)[١] تطبيق نموذجي للعمل القانوني لالتزام مصدره الإرادة المنفردة. ومثاله أن يعلن شخص عن جائزة يعطيها لمن يقوم بعمل معين، كتصميم هندسي لبناء عمارة أو لإقامة مشروع أو رسم لوحة فنية أو العثور على شخص مفقود أو شيء ضائع أو تصميم طابع أو شعار مؤسسة أو شركة ..إلخ.

فمن يقوم بالعمل يستحق الجائزة ولو قام به دون نظر إلى الوعد بها، ويشترط أن يكون الواعد متمتعاً بأهلية الأداء الكاملة وأن تكون إرادته حرة سليمة غير معيبة بعيب من عيوب الرضا، كالإكراه أو الغلط والتغرير مع الغبن، وأن تتجه إلى غرض مشروع، وأن يكون الواعد جاداً في وعده.[٢]

ثانياً- التصرف القانوني الصادر من جانبين (العقد)

الصورة الأكثر وقوعاً في الحياة العملية للتصرف القانوني الصادر من جانبين هو العقد. فالعقد توافق إرادتين حرتين على إحداث أثر قانوني، كإنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إزالته، وقد عرفته المادة (٨٧) من القانون المدني الأردني بقولها:(العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر).

فالأصل في العقود مبدأ سلطان الإرادة، لأن (العقد شريعة المتعاقدين)، بحيث يكون بمقدور الأشخاص أن يعقدوا بإرادتهم الحرة كافة التصرفات القانونية ما دامت منسجمة مع الأسس العامة والضوابط التي يقرها النظام القانوني في المجتمع. فيصح أن يرد العقد على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً، مادية كانت أو معنوية، وعلى منافع الأعيان، وعلى عمل معين، أو على خدمة معينة، أو على امتناع عن عمل، أو على أي شيء آخر ليس ممنوعاً بنص في القانون أو مخالفاً للنظام العام والآداب.[٣]

ورغم ان العقد يقوم أساساً على التراضي وتوافق إرادة المتعاقدين بحيث يعتبر شريعة المتعاقدين، إلا أن هذا المبدأ قد فقد قسطاً وافراً من نطاقه بقصد كفالة الصالح العام

---

(١) لقد عرفت الشريعة الاسلامية الوعد بجعل في سورة يوسف عليه السلام من القرآن الكريم:(قالوا وأقبلوا عليهم ماذا تفقدون، قالوا نفقد صواع الملك ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم).(الآية: ٧١و٧٢ من سورة يوسف) ويعبر الفقهاء المسلمون عن العمل القانوني الصادر عن جانب واحد بـ(الإيقاع).

(٢) انظر مؤلفنا- مذكرات في مبادئ القانون- نظرية الحق- مسحوبة بالرونيو- مؤسسة الأنوار للطباعة-المرجع السابق- ص٣٨.

(٣) انظر المادة (٨٨) من القانون المدني الأردني.

والمحافظة على كيان المجتمع والتوازن بين قدرات الأشخاص غير المتعادلة.إذ بدأ المشرع في بعض الدول يحد من النتائج التي تتجه الإرادة إلى إحداثها أحياناً ويجعل من بعض العقود التي كانت تعد من قبل داخلة في نطاق حرية الإرادة خاضعة اليوم لرقابة القانون وسيطرة القضاء، بحيث لم يعد الأفراد أحراراً- بالمعنى الدقيق- في إجراء تلك العقود بمحض إرادتهم المطلقة، بل يشترط فيها أن يقرها القانون وأن لا تكون مخالفة للنظام العام والآداب ولا يوجد فيها تعسف. وذلك لأن القانون يحد من مبدأ سلطان الإرادة بمجموعة من القواعد الآمرة أو الناهية المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز للأشخاص أن يتفقوا على خلافها واستبعاد تطبيقها، ولا تتمتع إرادتهم بأي سلطان فيما يتعلق بأحكامها[١].

كما أن القانون قد يفرض شكلية معينة يجب مراعاتها لاستكمال الصيغة النهائية لبعض العقود بحيث لا تكفي في تكوينها مجرد توافق الإرادة بل لا بد من صب الإرادة في شكلٍ يتطلبه القانون، كالعقود المتعلقة بالحقوق العينية الأصلية التي لا تنتج أثرها ما لم يتم تسجيلها أمام الموظف المختص في دائرة التسجيل العقاري. فمثلاً تنص المادة (٩٠) من القانون المدني الأردني على أن:(ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد). وتنص المادة (١١٤٨) منه على انه:(لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى- في العقار- بين المتعاقدين وفي حق الغير إلا بالتسجيل وفقاً لأحكام القوانين الخاصة به).[٢] أو كعقد الزواج الذي يستلزم لإبرامه وجود شاهدين، وعقد بيع السيارات الذي يجب أن يتم في دائرة الترخيص [٣]. وهكذا فإن العقود التي تتم على وجه شرعي وفقاً للشروط والحالات التي حددها القانون بالنسبة إلى الذين عقدوها، تقوم مقام القانون كمصدر للحقوق على اختلاف أنواعها.

---

(١) انظر المادة (١٦٣) من القانون المدني.

(٢) وتنص المادة (٣/١٦) من قانون تسوية الأراضي والمياه رقم ٤٠ لسنة ١٩٥٢ على أن:(لا يعتبر البيع والمبادلة والافراز والمقاسمة في الأرض والمياه صحيحاً إلا إذا كانت المعاملة قد جرت في دائرة التسجيل). وهناك بعض النصوص الأخرى التي تؤكد ضرورة التسجيل في بعض العقود. راجع بشأنها الصفحة ٢٧٠ وما بعدها من الكتاب.

(٣) انظر الدكتور عبد القادر الفار- المرجع السابق- ص٥٥

الفصل الرابع

استعمال الحق وإثباته

بعد ان عرفنا الحق وأنواعه وأشخاصه ومحله، لا بد لنا من بيان مدى استعماله وإثباته، وهذا ما سنبحثه في هذا الفصل.

المبحث الأول

استعمال الحق

لما كان الحق عبارة عن اختصاص يقره القانون لشخص معين على شيء، فللشخص صاحب الحق أن يمارس هذا الاختصاص على الشيء من أجل تحقيق مصلحة اجتماعية جديرة بالرعاية والاعتبار. وعلى هذا فإن الأصل هو ان لصاحب الحق أن يستعمل حقه بالطريقة التي يراها ضمن الحدود المقررة في القانون. فمالك الأرض له استغلالها واستعمالها والتصرف فيها بكافة أنواع التصرفات القانونية، كزرعها وحفرها والاحتطاب منها وجمع ثمراتها وإنشاء البنايات عليها وإعارتها ورهنها وبيعها والوصية بها. ومالك السيارة له أن يستعملها لنقل الأشخاص أو لنفسه أو بيعها أو رهنها، ومالك الشقة له الحق في استعمالها لسكناه أو أن يؤجرها للغير أو أن يستقبل الأصدقاء فيها. فله على العموم أن يسعى لتحقيق الغاية من ملكه.

وحقوق المالك في ملكه كانت مطلقة بحسب النظرية التقليدية القائمة على أساس المذهب الفردي الذي يجعل تحقيق مصلحة الفرد هو الهدف الأسمى للقانون وان مصلحة الجماعة لا تتحقق إلا بتحقيق مصالح الأفراد. لأن مصلحة الجماعة ما هي ألا مجموع المصالح الفردية. ولهذا فإن هذا المذهب لايقرر قيوداً على استعمال الشخص لحقه، بل يجعل لصاحب الحق مطلق الحرية في استعمال حقه ولا يجوز منعه من ذلك ولا مساءلته عما يترتب على هذا الاستعمال من نتائج سلبية.[1]

ولكن فكرة الملكية المطلقة والحقوق المطلقة لا وجود لها اليوم في عالم تسيطر عليه النسبية وتتوغل فيه المذاهب الاجتماعية أصبح استعمال الحق مقيداً بضوابط تختلف باختلاف كل نوع من أنواع الحقوق وتؤكد في مجملها ان الحقوق ليست مطلقة. فصاحب الحق الذي يغالي في استعمال حقه بحيث يتعمد الضرر بغيره دون أن تكون له أدنى مصلحة في هذا الاستعمال أو كانت مصلحته في ذلك قليلة بالقياس إلى مصالح الغير، يجب أن يكون معرضاً لوسائل تكبح جماحه وتوجد نوعاً من التكافؤ بين صاحب الحق وغيره من

---

(١) انظر الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك- المرجع السابق- ص٢٥١.

الناس ليتحقق بذلك نوع من التعادل اللازم لإيجاد مجتمع متناسق. فصاحب شقة في عمارة يستطيع أن يمارس حقه في استعمالها ولكن ليس له أن يتخذها مكاناً للهو والمجون المستمر أو معملاً لإنتاج بضاعة ذات رائحة كريهة تقلق وتزعج سكان العمارة. وليس لصاحب الملك أن يبني جداراً عالياً يمنع الضياء عن شباك جاره.

وقد أدى ذلك إلى ابتداع نظرية (التعسف في استعمال الحق). و سنشرح هذه النظرية ومعاييرها وحكمها في القانون الأردني.

نظرية التعسف في استعمال الحق:

تقوم نظرية التعسف في استعمال الحق من حيث الأساس على فكرة وسط بين المذهب الفردي المطلق والمذهب الاجتماعي الذي يلغي الحقوق أساساً ويجعل للملكية وظيفة اجتماعية.

فالنظرية تعترف بالحق وبحرية صاحبه في استعماله بما يحقق له مصلحة مشروعة ويعود عليه بالنفع، ولكنها تقيد حريته هذه بضرورة عدم التعسف في إستعمال حقه لتحقيق غايات غير مشروعة. وقد استقرت النظرية في القضاء والفقه والتشريع في الوقت الحاضر ومنها التشريع الأردني الذي تأثر بها من خلال تأثره بأحكام الفقه الإسلامي.

وقبل كل شيء علينا أن نميز بين التعسف في استعمال الحق وبين مجاوزة الحق. إذ تقوم فكرة التعسف في استعمال الحق على قيام صاحب الحق بالتعسف في استعمال حق يقرره له القانون، بينما مجاوزة الحق يعني عدم وجود الحق للمتجاوز أصلاً. فالذي يبني في أرضه بناية شامخة تسد النور والهواء على جاره يملك في الأصل هذا الحق ولكنه يعد متعسفاً في استعماله، بينما الذي يبني جداراً وراء حدود أرضه وعلى أرض الغير لا يملك أصلاً هذا الحق ويعتبر من حيث المبدأ متجاوزاً على حقوق الغير.

فالاستعمال التعسفي للحق جائز في ذاته ولكنه معيب في نتيجته أو غرضه، بينما مجاوزة الحق بالاعتداء على حق الغير يعتبر عملاً غير مشروع في ذاته. ولما كان الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر.[1] أما من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع وأضر هذا الاستعمال بالغير، فإن القانون يتخلى عن حمايته ويتولى حماية المتضرر من هذا الاستعمال غير المشروع ويرتب على من قام به المسؤولية الموجبة للتعويض. لأن درء المضار أولى من كسب المنافع،[2] و(لا

---

(١) المادة (٦١) من القانون المدني الأردني.

(٢) المادة (٦٤) من القانون المدني الأردني.

ضرر ولا ضرار والضرر يزال).[1] ولهذا تنص المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني على أن :((١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع ٢- ويكون استعمال الحق غير مشروع:

أ- إذا توفر قصد التعدي.

ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.

د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة).[2]

وهكذا نجد ان المشرع الأردني لم يغفل نظرية التعسف في استعمال الحق، بل أخذ بها في القانون المدني، وقد ساعد على اختيار هذا المسلك إقرار الشريعة الإسلامية لهذه النظرية.

فالحقوق في نظر الشريعة الإسلامية منحة إلهية للأفراد، ولذلك جاءت عناية فقهاء المسلمين بهذه النظرية أمراً طبيعياً تفرضه الصفة الدينية لهذه الشريعة، وهذا يعني عدم وجود (حق مطلق) للفرد من حيث الأساس في الشريعة الإسلامية. لأن نظرتها الأساسية نظرة اجتماعية لاتقيم لمبدأ الحرية الفردية المطلقة في استعمال الحقوق إلا كياناً محدوداً معتدلاً بحيث يبقى حق الغير محافظاً عليه شرعاً عند استعمال الإنسان خالص حقه، ولكن هذا الحق غير مطلق بل مقيد بما سن ورسم له من حدود حتى لا يكون في استعماله اعتداء على حق الغير.[3]

فالله هو المشرع الأسمى الذي يمنح هذه الحقوق لعباده لتحقيق غاية معينة، ويجب استعمال هذه الحقوق وفق هذه الغاية، ولهذا لم تنحصر فكرة التعسف عند فقهاء الشريعة الإسلامية في صورة تعمد الإضرار بالغير على النحو الذي كانت عليه في القانون

---

(١) المادة (٦٢) من القانون المدني الأردني.

(٢) لقد عرف الرومان مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، بالنسبة لاستعمال الحق بقصد الاضرار بالغير، ثم أخذ به الفقه والقضاء الفرنسي مي بداية القرن التاسع عشر بفضل رائد هذه النظرية (جوسران)، ويأخذ بها القانون المدني العراقي النافذ والقانون المدني المصري النافذ بصيغة متقاربة إذ تنص المادة (٦) من القانون المدني العراقي على ان:(الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر). وتنص المادة (٧) منه على أن:(١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان.٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية:أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير.ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة)، وهكذا حكم المادة (٤) من القانون المدني المصري. وتنص المادة (٢) من القانون المدني السويسري على أن:(يجب على كل شخص أن يستعمل حقوقه وأن يقوم بتنفيذ التزاماته طبقاً للقواعد التي يرسمها حسن النية. أما التعسف الظاهر في استعمال الحق فلا يقره القانون). وتنص المادة (٢٢٦) من القانون المدني الألماني على انه:(لا يجوز استعمال الحق لمجرد الاضرار بالغير).

(٣) انظر الاستاذ عبد الرحمن البزاز- المرجع السابق- ص٣٢٥.

الروماني، بل توسعت لتشمل صوراً أخرى، كتخلف المصلحة عند صاحب الحق والضرر العام والضرر الفاحش الذي ينجم عن استعمال الحق.[1]

معايير التعسف :

اختلف الفقه بصدد المعيار الذي يقوم عليه مبدأ التعسف في استعمال الحق. فقد أرجعه بعض الفقهاء إلى فكرة الحرية الفردية على أساس ان الإنسان حر في أن يمارس حقوقه في الحدود التي رسمها القانون ويعتبر عدم التعسف حداً من هذه الحدود التي يتعين على صاحب الحق التقيد بها عند استعمال حقه. فأساس هذا المعيار هو نفس أساس الخطأ التقصيري في المسؤولية التقصيرية، وهو عدم اتخاذ الحيطة، أو الإهمال وعدم التبصر"[2]، ولهذا انتقد قسم آخر من الفقهاء هذا المعيار على أساس انه من الخطأ اعتبار التعسف في استعمال الحق تطبيقاً لعنصر الخطأ في المسؤولية التقصيرية، إذ يجب أن تقوم فكرة التعسف على قياس مسلك صاحب الحق في استعمال حقه وفقاً للغاية الاجتماعية من الحق وليس على فكرة الحيطة والتبصر التي تقوم عليها المسؤولية التقصيرية. لأن الحقوق ليست مطلقة بل نسبية ومقيدة بالغايات الاجتماعية التي ترمي إليها. بينما أقام البعض الآخر من الفقهاء مبدأ التعسف على فكرة التبعية. باعتبار ان عنصر الخطأ هو توافر عدم التبصر والإهمال في الفعل المؤدي إلى قيام المسؤولية التقصيرية وحيث ان التعسف حالة تدخل تحت هذا النطاق، فلا مناص من القول بأن مسؤولية من يتعسف في استعمال حقه إنما تقوم على أساس الفعل الضار الذي قام به والضرر الذي أصاب الغير وعلاقة السببية بين فعله والضرر الواقع منه.[3]

ومهما يكن وجه الخلاف حول المعيار الذي تقوم عليه فكرة التعسف في استعمال الحق، فإن على صاحب الحق عدم الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي عند استعمال حقه، بأن لا يستعمل هذا الحق استعمالاً غير مشروع. فإذا انحرف لا يحميه القانون ويعد انحرافه فعلاً تترتب عليه المسؤولية. ولكن هذا الانحراف لا يعتد به إلا إذا اتخذ صورة من الصور التي تنص عليها المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني، باعتبار ان استعمال الحق في هذه الصور غير مشروع، وهي:

أ- إذا توفر قصد التعدي.

---

(١) انظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون- المرجع السابق- ص٢٧٢.

(٢) انظر شاكر ناصر حيدر- المرجع السابق- ص٣ والدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون- المرجع السابق- ص٢٧٣.

(٣) انظر الدكتور عباس الصراف والدكتور جورج حزبون- المرجع السابق- ص٢٧٣.

ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

فلا بد من شرح هذه الصور للاستعمال غير المشروع للحق بشيء من الإيجاز.

اولاً- اذا توافر قصد التعدي:

يجب على صاحب الحق أن يستعمل حقه دون قصد التعدي على حق الغير، فإذا استعمله لمجرد الإضرار بالغير، يعد متعسفاً في استعمال حقه وتترتب عليه المسؤولية الموجبة للتعويض، كمن يرفع سور داره بقصد حجب الضوء عن دار جاره، أو كمن يفتعل رائحة كريهة أو ضوضاء بقصد إزعاج جاره،[1] بشرط أن يثبت المتضرر قصد الإضرار وحصول التعدي في هذه الحالة بجميع طرق الإثبات بما فيها القرائن المادية، أي بالاستدلال عليها من إثبات انعدام مصلحة واضحة لصاحب الحق في هذا الاستعمال. فمثلاً إذا وقع الضرر ولم يتوفر دليل إثبات قصد الإضرار وتبين ان صاحب الحق لم تكن له مصلحة في استعمال حقه على الوجه الذي أضر بالغير، فيمكن اعتبار ذلك قرينة مادية يستدل منها قصد إحداث الضرر. وكذلك يدل الخطأ الجسيم في استعمال الحق على سوء النية وقصد الإضرار. وعليه فإن قصد المشرع الأردني من عبارة (إذا توفر قصد التعدي) في المادة (٦٦/٢-أ) من القانون المدني ينصرف فضلاً عن قصد التعدي إلى استعمال الحق استعمالاً لا تكون فيه مصلحة واضحة لصاحب الحق. كمن يرفع سور داره بدون قصد الإضرار بشخص معين إلى علو شاهق لا مصلحة له في ذلك وتؤدي هذه المغالاة في استعمال الحق إلى حجب الضوء عن دار الجار.[2] وكذلك يدل الخطأ الجسيم في استعمال الحق على سوء النية وقصد الإضرار، ولكن القرائن المادية غير مطلقة، فيجوز إثبات عكسها. وإذا تصرف صاحب الحق في ملكه تصرفاً مشروعاً وأحدث غيره بجواره بناء وتضرر هذا الغير (صاحب البناء الجديد) من الوضع القديم، فليس للمحدث أن يدعي التضرر من ذلك، وعليه أن يدفع الضرر عن نفسه.[3]

---

(١) فمثلاً تنص المادة (١٠٢١) من القانون المدني الأردني في قيود حق الملكية على ان:(للمالك أن يتصرف في ملكه كيف شاء مالم يكن تصرفه مضراً بالغير ضرراً فاحشاً أو مخالفاً للقوانين المتعلقة بالمصلحة العامة أو المصلحة الخاصة). وتنص المادة (١٠٢٥) منه على ان:(حجب الضوء عن الجار يعد ضرراً فاحشاً فلا يسوغ لأحد أن يحدث بناء يسد به نوافذ بيت جاره سداً يمنع الضوء عنه وإلا جاز للجار أن يطلب رفع البناء دفعاً للضرر).

(٢) فمثلاً تقضي المادة (١٠٢٧/١) من القانون المدني الاردني بان:(١- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه الى حد يضر بملك الجار).

(٣) تنص المادة (١٠٢٦) من القانون المدني الأردني على أنه:(اذا كان لأحد ملك يتصرف فيه تصرفاً مشروعاً فأحدث غيره بجواره بناء تضرر من الوضع القديم فليس للمحدث أن يدعي التضرر من ذلك وعليه أن يدفع الضرر عن نفسه).

ثانياً- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة:

ويعتبر صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه أيضاً إذا كانت المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة. لأن القانون لا يقر تصرف الشخص في شيء إذا كان هذا التصرف يحقق مصالح غير مشروعة له أو للمجتمع وألحق ضرراً مادياً أو معنوياً بالغير. كما لو استعمل شقته في عمارة سكنية لتعاطي القمار أو للدعارة.

فصاحب الحق يعد في هذه الأحوال متعسفاً في استعمال حقه لأن المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها غير مشروعة وتؤدي إلى إساءة سمعة سكان الشقق المجاورة بحيث يكون لهم حق طلب منعه من القيام بهذا الاستعمال غير المشروع والتعويض عن الأضرار الأدبية التي أصابتهم من جرائها.

ثالثاً- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر:

ويعتبر صاحب الحق متعسفاً في استعمال حقه إذا كانت المنفعة التي يجنيها من هذا الاستعمال لا تتناسب مع الضرر الذي يصيب الغير من جراء هذا الاستعمال. فهنا تجرى الموازنة بين المصلحة التي يرمي إلى تحقيقها صاحب الحق والضرر الذي يصيب الغير ويتم الترجيح بين المصلحتين بتفضيل مصلحة الغير على مصلحة صاحب الحق.

فإذا كان الضرر الذي يصيب الغير جسيماً قياساً على المصلحة التي يجنيها صاحب الحق في استعمال حقه، كان استعماله لحقه تعسفاً.[1]

رابعاً- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة:

بإمكان صاحب الحق أن يستعمل حقه بما جرى عليه العرف والعادة، كأن يجلس في حديقة داره وينشر الملابس في الحديقة أو في السطح ...إلخ.

أما إذا تجاوز هذا الاستعمال والانتفاع بالدار وملحقاتها مجرى العرف والعادة وتضرر الغير من ذلك عد متعسفاً في استعمال حقه وجاز للمتضرر أن يطلب إيقافه والتعويض عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك. ومثاله لعب الكرة في حديقة الدار ووقوع الكرة في دار الجار وكسر شبابيكها.

المبحث الثاني
إثبات الحق

إثبات الحق هو إقامة الدليل أمام القضاء على وجوده . فكل من له حق ينازعه فيه

---

(١) فمثلاً تنص المادة (٢/١٢٧٩) من القانون المدني على أن:(ليس لمالك الحائط المشترك أن يهدمه دون عذر قوي إن كان هذا يضر بالجار الذي يستتد ملكه بالحائط).

آخر، عليه إثباته . ولإثبات الحق أهمية كبيرة ، لأنه لكي يحكم القاضي لصاحب الحق بحقه يجب عليه أن يثبت هذا الحق أمامه ، وعلى ذلك فإن العجز عن إثبات الحق يعني تجريده من قيمته وبالتالي عدم وجوده ورد الدعوى المقامة به. والمدعي بالحق في الدعوى لا يكلف بإثبات الحق ذاته فحسب، وانما يطلب منه إثبات مصدره وسنده أيضاً فيما إذا كان تصرفاً قانونياً أو واقعة مادية أو واقعة طبيعية.

فالدائن الذي يدعي بحق له في ذمة آخر، عليه أن يثبت مصدر هذا الحق وسنده، هل هو عقد أو إرادة منفردة أو عمل غير مشروع أو فعل نافع أو واقعة طبيعية يرتب عليها القانون إنشاء هذا الحق . ومن يدعي ان شخصاً آخر قد ضربه، عليه إثبات هذه الواقعة... إلخ.

والواقعة القانونية قد تكون واقعة مادية أو تصرفاً قانونياً. فإذا كانت واقعة مادية جاز إثباتها بجميع طرق الإثبات، لأن طبيعة الوقائع المادية تتعارض مع استلزام إثباتها بنوع معين من أدلة الإثبات وإلا يستحيل إثباتها في أغلب الحالات .

أما التصرفات القانونية فيجب إثباتها بأدلة الإثبات المقررة. والأصل هو إثباتها بالكتابة، ولكن يجوز إثباتها بالشهادة استثناء إذا كانت قيمة التصرف لا تتجاوز عشرة دنانير في المعاملات المدنية أو كانت أعمالاً تجارية.[1]

وعبء الإثبات يقع على المدعي ، ولكن يلاحظ انه لا يقصد بـ (المدعي) من يرفع الدعوى فحسب، وإنما قد يكون هو من رفعت الدعوى عليه أيضاً. فمثلاً إذا أدعى أحدهم بدين له في ذمة آخر، عليه إثبات هذا الادعاء. غير انه إذا أدعى المدين بانه سبق أن سدد هذا الدين المدعى به للدائن، يلزم عندئذ بإثبات هذا الادعاء[2]. وفي المملكة الأردنية الهاشمية وضع المشرع الأردني القواعد العامة لإثبات الحق وأدلتها في المواد (٧٢-٨٦) من الفرع الثالث من الفصل الرابع من الأحكام العامة في الباب التمهيدي من القانون المدني. إذ نص في المادة (٧٢) منه على أن:(أدلة إثبات الحق هي البينات التالية:١- الكتابة . ٢- الشهادة. ٣- القرائن. ٤- المعاينة والخبرة. ٥- الإقرار. ٦- اليمين).

---

(١) تنص المادة (٢٧) من قانون البينات الاردني رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ على أن: (يجوز الاثبات بالشهادة في الالتزامات غير التعاقدية) . وتنص المادة (٢٨) منه على انه : (في الالتزامات التعاقدية تراعى في جواز الاثبات بالشهادة وعدم جوازه في الأحكام الآتية: ١- إذا كان الالتزام التعاقدي في غير المواد التجارية تزيد قيمته على عشرة دنانير أو كان غير محدد القيمة فلا تجوز الشهادة في إثبات وجود الالتزام أو البراءة منه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . أما في الالتزامات التجارية اطلاقاً، وفي الالتزامات المدنية التي لا تزيد قيمتها على عشرة دنانير فيجوز الاثبات بالشهادة).

(٢) انظر الدكتور سعيد عبد الكريم مبارك - المرجع السابق - ص ٢٥٨

ونص في المواد (٧٣-٨٦) منه على القواعد العامة للإثبات كالآتي :

- الأصل براءة الذمة وعلى الدائن أن يثبت حقه وللمدين نفيه.
- اليقين لا يزول بالشك.
- الأصل بقاء ما كان على ما كان كما ان الأصل في الأمور العارضة العدم . وما يثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه.
- الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق.
- البينة على من أدعى واليمين على من أنكر.
- البينة لإثبات خلاف الظاهر واليمين لابقاء الأصل.
- الكتابة والشهادة والقرائن القاطعة والمعاينة والخبرة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة على المقر.
- كل شهادة تضمنت جر مغنم للشاهد أو دفع مغرم عنه ترد.
- يعتد في شهادة الأخرس وحلفه بإشارته المعهودة .
- تقبل اليمين ممن يؤديها في براءة نفسه لا في إلزام غيره.
- لا تحلف اليمين إلا بطلب الخصم ولكن تحلفه المحكمة يمين الاستظهار وعند الاستحقاق، ورد المبيع للعيب فيه، وعند الحكم بالشفعة ولولم يطلب الخصم تحليفه.
- يقبل قول المترجم الموثوق إذا كان عالماً باللغتين بعد حلفه اليمين لدى الجهة المختصة .
- لا حجة مع التناقض ولكن لا أثر له في حكم المحكمة إذا ما ثبت بعده ولصاحب المصلحة حق الرجوع على الشاهد بالضمان.

ونص في المادة (٨٦) منه على أن:(يتبع لدى المحاكم في إجراءات الإثبات واستيفاء أدلة الحق القواعد والأحكام المنصوص عليها في قوانيها الخاصة وذلك فيما لا يتعارض مع الأحكام السابقة). ولهذا يجب الرجوع في تطبيق القواعد التفصلية لهذه القواعد العامة إلى قانون البينات رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٢ الذي ظل سارياً رغم صدور القانون المدني وتنص المادة (٢) منه على أن البينات هي:(الأدلة الكتابية والشهادة والقرائن والإقرار واليمين والمعاينة والخبرة). وتنص المادة (٤) منه بالنسبة لشروط الواقعة الواجب إثباتها على أن: (يجب أن تكون الوقائع التي يراد إثباتها متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات وجائزاً قبولها). وتنص المادة (٣) منه على أن:(ليس لقاض أن يحكم بعلمه الشخصي). وتنص المادة(٥) منه على أن الأدلة الكتابية هي:(الإسناد الرسمية والإسناد العادية والأوراق غير الموقعة).

ثبت المصادر

أولاً : الكتب باللغة العربية

١- **القرآن الكريم** - سورة يوسف وسورة البقرة وسورة النساء.

٢- **د.احمد مسلم** - القانون الدولي الخاص . الطبعة الأولى. الجزء الأول - القاهرة/١٩٥٤.

٣- **د. احمد سويلم العمري** - أصول العلاقات السياسية - القاهرة.

٤- **د. ادمون نعيم** - القانون الدولي الخاص وفقاً للتشريع والاجتهاد في لبنان- بيروت/ ١٩٦١.

٥- **د. السيد محمد ابراهيم** - الجنسية في دولة الإمارات العربية المتحدة - دراسة مقارنة بالجنسية في دول الخليج /١٩٧٨.

٦- **د. اسماعيل غانم** - محاضرات في النظرية العامة للحق . الطبعة الثانية - القاهرة/١٩٦٦.

٧- **د. اكرم نشأت ابراهيم** - الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي - الطبعة الثانية - بغداد/١٩٦٢.

٨- **د. اكرم ياملكي** - الوجيز في شرح القانون التجاري . الجزء الأول - بغداد/ ١٩٦٨.

٩- **د. توفيق حسن فرج** - المدخل للعلوم القانونية . الكتاب الأول في نظرية القانون - المكتب المصري الحديث للطباعة والنشر - الاسكندرية/ ١٩٧١.

١٠- **د. ثروت انيس الاسيوطي** - مبادىء القانون - الحق - القاهرة /١٩٧٤.

١١- **د. ثروت علي عبد الرحيم**- القانون البحري العراقي. الجزء الأول - مطبعة حداد . البصرة/١٩٦٩.

١٢- **د. جابر جاد عبد الرحمن** - القانون الدولي الخاص . الجزء الأول - بغداد /١٩٤٧.

١٣- **جاكوبسن وليبمان** - العلوم السياسية - ترجمة مهيبة المالكي الدسوقي - بيروت.

١٤- **جبرائيل البنا** - دروس في القانون الروماني. الطبعة الأولى-مطبعة الإرشاد-بغداد/١٩٤٩.

١٥- **د. جميل الشرقاوي** -دروس في أصول القانون. الكتاب الثاني. نظرية الحق-القاهرة/١٩٦٦.

١٦- **د. جلال القريشي** - المعايير القانونية لعقد العمل . مطبعة حداد - البصرة/١٩٦٩.

١٧- **حامد مصطفى** - مبادئ القانون الدولي الخاص من وجهة نظر القانون العراقي . الجزء الأول. الطبعة الثانية - بغداد /١٩٧٠.

١٨- د. حسن الخطيب - مبادئ أصول القانون - مطبعة حداد- البصرة /١٩٦٥.
١٩- د. حسن الخطيب - مبادئ القانون التجاري العراقي - مطبعة حداد - البصرة/ ١٩٦٧.
٢٠- د. حسن كيرة - محاضرات في المدخل للقانون - القاهرة/١٩٥٤.
٢١- د. حسن كيرة - المدخل إلى القانون - منشأة المعارف - الاسكندرية/١٩٧١.
٢٢- د. حسن جاد - شرح القانون التجاري/١٩٦٤.
٢٣- د. حسن الميمي -الجنسية في القانون التونسي.الشركة التونسية للتوزيع -تونس/١٩٧١.
٢٤- د.حسن عبد الهادي الجلبي - مذكرات أولية في القانون الدولي العام - بغداد/١٩٥٢.
٢٥- د. حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - القانون الدولي الخاص. الجزء الأول . الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/١٩٨٢.
٢٦- د. حسن الهداوي والدكتور غالب الداودي - القانون الدولي الخاص القسم الثاني. تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/ ١٩٨٢
٢٧- د. حكمت شبر - القانون الدولي العام - دراسة مقارنة . الجزء الأول - مطبعة دار السلام - بغداد /١٩٧٥.
٢٨- د. حمد عبيد الكبيسي ود. محمد عباس السامرائي ود. مصطفى الزلمي - المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية . الطبعة الأولى - دار المعرفة - بغداد ١٩٨٠.
٢٩- د. رمضان ابو السعود - المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني - الدار الجامعية - الاسكندرية /١٩٨٦.
٣٠ - د. سعيد عبد الكريم مبارك - أصول القانون - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل /١٩٨٢.
٣١- د. سعدون القشطيني - شرح أحكام المرافعات . الجزء الأول الطبعة الثالثة - بغداد/ ١٩٧٩.
٣٢- د. سليمان مرقس - موجز المدخل للعلوم القانونية - القاهرة /١٩٥٣.
٣٣- د. سمير السيد تناغو - النظرية العامة للقانون - منشأة المعارف - الاسكندرية.
٣٤- د. شاب توما منصور - الموجز في قانون العمل - دراسة مقارنة. الجزء الأول . الطبعة الأولى - شركة الطبع والنشر الأهلية - بغداد/ ١٩٦٥.

٣٥- شاكر ناصر حيدر - الموجز في الحقوق العينية الأصلية - بغداد /١٩٥٤.

٣٦- د. شمس الدين الوكيل - مبادئ القانون . الطبعة الأولى - القاهرة /١٩٦٨.

٣٧-د. شمس الدين الوكيل -الموجز في الجنسية ومركز الأجانب. الطبعة الثانية- الاسكندرية/ ١٩٦٨.

٣٨- صبحي محمصاني - الدستور والديمقراطية - بيروت/ ١٩٥٢.

٣٩- د. صبيح مسكوني - محكمة العدل الدولية والقانون الداخلي للمنظمات الدولية - مطبعة شفيق - بغداد/ ١٩٦٨.

٤٠- د. صلاح الدين الناهي - الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي. الجزء الأول. الطبعة الثالثة - بغداد/ ١٩٥٣.

٤١- د. عادل عزت السنجقلي - سريان المعاهدات على الدول غير الأطراف - بغداد/ ١٩٧٥.

٤٢- عبد الباقي البكري وزهير البشير - المدخل لدراسة القانون - مطبعة التعليم العالي في الموصل /١٩٨٩.

٤٣- عبد الباقي البكري ود. علي محمد بدير وزهير البشير - المدخل لدراسة القانون - مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/١٩٨٢.

٤٤- د. عبد الله اسماعيل البستاني - مذكرات أولية في القانون الدستوري - مطبعة الرابطة - بغداد/ ١٩٥١.

٤٥- عبد الحميد المتولي - الوجيز في النظريات والأنظمة السياسية ومبادئها الدستورية - القاهرة/١٩٥٩.

٤٦- د. عباس الصراف ود. جورج حزبون - المدخل إلى علم القانون الطبعة الثانية - دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان /١٩٩١.

٤٧- عبد العزيز النعيم - مبادئ القانون - مسحوبة بالرونيو-الرياض/١٩٦٨.

٤٨- عبد العزيز النعيم - نظام الحكم والإدارة في الإسلام - مسحوب بالرونيو - الرياض/١٩٦٨.

٤٩- د. عبد الفتاح عبد الباقي - نظرية القانون . الطبعة الثالثة - القاهرة / ١٩٦٥.

٥٠- عبده عويدات - النظم الدستورية في لبنان والبلاد العربية - بيروت/١٩٥٤.

٥١- عبد الرحمن البزاز - مبادئ أصول القانون - مطبعة العاني - بغداد/١٩٥٤.

٥٢- د. عبد الرحيم صدقي - العقوبة على ضوء العلم الحديث في الفكر المصري والمقارن. الطبعة الأولى- دار المعارف - القاهرة/١٩٨٦.

٥٣- عبد القادر افندي السنوي - حقوق الدول الخاصة - مطبعة دار السلام - بغداد/١٩٢٣.

٥٤- عبد الكاظم فارس المالكي وجبار صابر طه - المدخل لدراسة القانون - دار التقني للطباعة والنشر - بغداد/ ١٩٨٦.

٥٥- د. عبد الودود يحيى - محاضرات في المدخل لدراسة القانون - نظرية الحق - مسحوبة بالرونيو - الرياض/١٩٧٢.

٥٦- د. عبد الرزاق السنهوري ود. احمد حشمت ابو ستيت - أصول القانون - القاهرة/ ١٩٤١.

٥٧- د. عبد الحي حجازي - المدخل لدراسة العلوم القانونية الجزء الثاني - الحق/ ١٩٧٠.

٥٨- د. عبد المنعم البدراوي - المدخل للعلوم القانونية -دار النهضة - بيروت/١٩٦٦.

٥٩- د. عثمان خليل عثمان - القانون الدستوري - الكتاب الأول - القاهرة/١٩٥٦.

٦٠- د. عزيز ابراهيم - شرح قانون العمل الجديد. الجزء الأول- مطبعة الجامعة - بغداد/ ١٩٧٥.

٦١- د. عزيز ابراهيم - دراسات في قوانين الضمان الاجتماعي . الجزء الأول - مطبعة سليمان الأعظمي - بغداد/١٩٧٢.

٦٢- د. عدنان العابد ود. يوسف الياس - قانون الضمان الاجتماعي - مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/١٩٨١.

٦٣- د. عدنان العابد ود. يوسف الياس - قانون العمل - الطبعة الأولى مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/ ١٩٨٠

٦٤- د. عصام العطية - القانون الدولي العام - الطبعة الثانية - مطبعة جامعة بغداد/ ١٩٨٠.

٦٥- د. علي محمد بدير - المدخل لدراسة القانون - دار الطباعة الحديثة - البصرة/ ١٩٧٠.

٦٦- د. علي علي منصور - نظام الحكم والإدارة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية . الطبعة الأولى - القاهرة/ ١٩٦٥.

٦٧- د. غالب علي الداودي - مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الأول - مطبعة أديب - البصرة/١٩٦٤.

٦٨- د. غالب علي الداودي - مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الثاني - مطبعة حداد - البصرة ١٩٦٦.

٦٩- د. غالب علي الداودي - مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الثالث - دار الطباعة الحديثة - البصرة /١٩٦٦.

٧٠- د. غالب علي الداودي- مذكرات في العلوم الإنسانية-دار الطباعة الحديثة-

البصرة/١٩٦٥.

٧١- د. غالب علي الداودي - نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص - دار الطباعة الحديثة - البصرة/١٩٦٥.

٧٢- د. غالب علي الداودي - القوانين - شرح قانون العقوبات العسكري - مطبعة حداد- البصرة/١٩٦٩.

٧٣- د. غالب علي الداودي -شرح قانون العقوبات العراقي- القسم العام -دار الطباعة الحديثة - البصرة/١٩٦٩.

٧٤- د. غالب علي الداودي - مبادئ القانون - مسحوبة بالرونيو - مؤسسة ومكتبة خدمة العلم- الرياض/١٩٧٠.

٧٥- د. غالب علي الداودي - القانون الدولي الخاص.النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي. الطبعة الأولى - دار الحرية - بغداد/١٩٧٦.

٧٦- د. غالب علي الداودي - القانون الدولي الخاص - الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي-مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/ ١٩٨٢.

٧٧- د. غالب علي الداودي - القانون الدولي الخاص الأردني. الكتاب الثاني في الجنسية - مطبعة الروزنا - إربد/ ١٩٨٤.

٧٨- كيتيل - العلوم السياسية - الجزء الثاني - ترجمة الدكتور فاضل محمد زكي - بغداد/ ١٩٦٠.

٧٩- د. كريم كشاكش - نظم الإدارة المحلية - دراسة مقارنة . الطبعة الأولى - المركز العربي للخدمات الطلابية - إربد/١٩٩٢.

٨٠- د. كريم كشاكش - الحريات العامة في الأنظمة السياسية المعاصرة - منشأة المعارف - الاسكندرية /١٩٨٧.

٨١- د. مالك دوهان الحسن - المدخل لدراسة القانون . الجزء الأول - النظرية العامة للقاعدة القانونية - بغداد/ ١٩٧٢.

٨٢- د. ماجد الحلواني- الوجيز في الحقوق الدولية الخاصة. الجزء الأول. الطبعة الأولى - دمشق/١٩٦٠.

٨٣- د. منصور مصطفى منصور - مذكرات في القانون - القاهرة /١٩٦٣.

٨٤- د. محمد سامي مدكور - مبادئ القانون - القاهرة/١٩٦٠.

٨٥- د. **محمد علي إمام** - محاضرات في نظرية القانون - القاهرة/١٩٥٣.

٨٦- د. **محمد علي آل ياسين** - المبادئ الدستورية العامة . الطبعة الأولى - بيروت/١٩٧٣.

٨٧- د. **محمد محي الدين عوض** - القانون الجنائي في التشريعين المصري والسوداني- القاهرة/ ١٩٦٣.

٨٨- د. **محمد كمال فهمي** - أصول القانون الدولي الخاص - الاسكندرية/١٩٥٥.

٨٩- د. **محمد كمال عبد العزيز** - الوجيز في نظرية القانون - القاهرة/١٩٦٢.

٩٠- **محمد طه البشير والدكتور غني حسون طه** - الحقوق العينية - القسم الأول - مطابع التعليم العالي - بغداد/١٩٨٩.

٩١- د. **محمود جمال الدين زكي** - دروس في مقدمة الدراسات القانونية - القاهرة/١٩٦٤.

٩٢- د. **ممدوح عبد الكريم حافظ** - القانون الدولي الخاص وفق القانونين العراقي والمقارن. الطبعة الأولى - مطبعة الحكومة/ ١٩٧٣.

٩٣- د. **مصطفى كامل** - شرح قانون العقوبات العراقي - القسم العام . الطبعة الأولى - بغداد/ ١٩٥٦.

٩٤- د. **مصطفى كامل ياسين** - مذكرات أولية في القانون الدولي الخاص - بغداد/١٩٥٦.

٩٥- د. **مصطفى محمد الجمال ود. عبد الحميد محمد الجمال** - النظرية العامة للقانون - الدار الجامعية/١٩٨٧.

٩٦- د. **مرتضى نصر الله** - مبادئ القانون الدولي التجاري - مطبعة النعمان - النجف الأشرف/١٩٦٢.

٩٧- **ميشيل فيليه** - القانون الروماني. ترجمة الدكتور هاشم الحافظ - مطبعة الإرشاد - بغداد/١٩٦٤.

٩٨- د. **موسى شحادة** - مقارنة محكمة العدل العليا الأردنية ومجلس الدولة الفرنسي - باريس/١٩٩٢.

٩٩- د. **نوري طالباني** - القانون التجاري . النظرية العامة. الجزء الأول. الطبعة الثانية - أوفست الحديثي - بغداد/١٩٧٩.

١٠٠- د. **نوري لطيف** - القانون الدستوري . المبادئ والنظريات العامة . الطبعة الأولى - دار الحرية للطباعة - بغداد/١٩٦٧.

١٠١- د. **هاشم الحافظ** - تاريخ القانون - دار الحرية للطباعة - بغداد/١٩٨١.

ثانياً: الكتب باللغة الأجنبية

1- **Prof. Dr. Yasar Karayalcin** - Ticaret Hukuku Dersleri. ikinci Basi. Ankara/1960.

2- **Prof.Dr.Osman Berki** - Devletler Hususi Hukuku. Cilt 1. Basi 4. Ankara/1960.

3- **Prof. Dr. Osman Berki** - Devletler Hususi Hukuku. Cilt 2. Basi 4. Ankara/1961.

4- **Prof. Dr. Osman Berki**- Vatandaslike Hukuku- Ankara/1965.

5- **Prof. Dr. Osman Berki ve Hilmi Erguney**- Kanun Ihtilaflari- Ankara/1960.

6- **Prof. Dr. Edip F. Celik**- Miletlerarasi- Birinci Cilt. Fakulteler matbasi- Istanbul/ 1963.

7- **Dr. Ergin Numer** . Taba ile Yabancinin Hukuki Musavati- Istanbul / 1962.

8- **Dr. Belgesay.** Devletler Hususi Hukukunda Adliye- Ankara/ 1960.

9- **Prof. Dr. Sakir Berki.** Tatbiki Devletler Hususi Hukuku- Ankara/ 1960.

10- **Rabi Koral**- Hususi Hukukta Miletlerarasi Hekem Kararlarinin Icrasi- 1958.

11- **Dr. Charles Crozat**- Devletler Umumi Hukuku. Cilt 1. Turkceye Ceviren Edip F.Celik.

12- **Prof. Dr. Abdulhak Kemal Yourk.** Hukuk Felsefesi Dersleri. Birinci Kisim.2 Baski. Fakulteler Matbaasi- Istanbul/ 1958.

13- **Dr. Rahmi Cobanoglu**- Hukukta Gaye Proplemi- Sermet Matbaasi- Istanbul/ 1964.

14- **prof. Dr.Rona Aybay ve Prof. Dr. Aydin Aybay**- Hukuka Giris. Fazil Kitabevi. Istanbul/ 1980.

15- **Prof. Dr. Faruk Erem**- Turk Ceza Hukuku Genel Hukumleri. 5 Basi. Cilt 1. Ankara/1961.

16- **Dr. Paul koschaker.** Moderen Hususi Hukuka Giris Olarak Roma Hususi Hukukunun Ana Hatlari- Turkceye Civiren Dr. Kudret Ayiter. Istanbul/1964.

17- **Prof. Dr. Seha L. Meray** - 2 Savas ve Baris Hukuku- Ankara Universitesi Basimevi/ 1967.

18- **Prof. Dr. Seha L. Meray-** Devletler Hukukuna Giris- Birinci Cilt. Ajans Turk Matbaasi- Ankara/ 1960.

19- **Dr. Necip Belge-** Hukuk Bilimine Baslangic. 5ci Basi- Ankara/ 1962.

20- **Phil Harris-** An Introduction to law Weidenfeld and Nicolson- London/ 1981.

21- **Dr. G. Weland. Kanunu Medenide Ayni Haklar.** Turkcey Civiren. 1smail Haki . Karafakih. 2 Cilt. 2 Basi- Ankara/1964.

22- **Doc. Dr. Turgut kalpuaz.** Sirketler Hukuku.2 Kitab-Ankara/1960.

ثالثاً - البحوث والمجلات والمواثيق باللغة العربية

١- الدكتور السيد صبري- الرقابة على دستورية القوانين- مجلة القضاء. العدد الخامس. تشرين الثاني وكانون الأول/ ١٩٥٨.

٢- الدكتور غالب علي الداودي- حلول بعض المسائل في القانون الدولي الخاص السعودي- مجلة كلية التجارة بجامعة الرياض. السنة الأولى ١٣٩١هـ- العدد الأول- الرياض/ ١٩٧١.

٣- الدكتور صالح جواد الكاظم- ولاية محكمة العدل الدولية ومواقف الدول النامية حيالها. مجلة المجمع العلمي العراقي. الجزء الأول. المجلد الثالث والثلاثون- كانون الثاني/ ١٩٨٢.

٤- الدكتور محمد الدوري تأميم النفط والقانون الدولي المعاصر - مجلة الحقوقي العربي . العدد الأول . السنة الأولى . كانون الثاني /١٩٧٦ .

٥- مجلة نقابة المحامين الاردنية . السنة ٣٨-١٩٨٨.

٦- ميثاق الامم المتحدة .

٧- الاعلان العالمي لحقوق الإنسان .

٨- مجلة (الهدف - العدالة) لمكتب الامم المتحدة للاعلام ، العدد الخامس ، كانون الأول / ١٩٧٠.

رابعاً : البحوث باللغة الاجنبية

1- **Leo Raap.** Fransiz Devletler Hususi Hukukile Karsilastirmak Suretiyle Alman Develetler Hususi Hukukunun Ana Hatlari . Terc (Siyasi ilimler Mec. 1942 No. 135).

المؤلف في سطور

- ولد عام ١٩٣٢ في قرية افتخار من قرى الداودية بمحافظة التأميم في جمهورية العراق.
- حصل على شهادة الليسانس في الحقوق من كلية الحقوق ببغداد عام ١٩٥٦.
- حصل على شهادة الدكتوراه في القانون الدولي الخاص من جامعة أنقرة بتركيا عام ١٩٦٤.
- كلف بتأسيس جامعة البصرة بموجب الأمر الجامعي المرقم ٢٠٣٥٥ الصادر من رئيس جامعة بغداد في ١٩٦٤/٩/١٣.
- تولى الإشراف على تأسيس جامعة البصرة وتولى عدة مناصب فيها للفترة من ١٩٦٥ لغاية ١٩٦٩، منها عميد كلية الحقوق ونائب رئيس جامعة بغداد في البصرة ورئيس الجامعة بالوكالة وعضو المجلس الأعلى للجامعات العراقية.
- انتدب للتدريس في جامعة الرياض من سنة ١٩٦٩ لغاية ١٩٧٢.
- التحق بكلية القانون والسياسة في جامعة بغداد بصفة تدريسي عام ١٩٧٣ بعد انتهاء مدة انتدابه إلى جامعة الرياض.
- تولى رئاسة قسم القانون ورئاسة فرع القانون الدولي الخاص ورئاسة لجنة الدراسات العليا في كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد عدة مرات اعتباراً من سنة ١٩٨٢.
- انتدب إلى جامعة باتنه في الجزائر أستاذاً زائراً لتدريس طلبة الليسانس في القانون والماجستير في معهد الحقوق والعلوم الإدارية عام ١٩٨٢.
- شارك في عدة مؤتمرات علمية داخل العراق وخارجه ومثل جمهورية العراق في هذه المؤتمرات.
- انتدب إلى تونس عام ١٩٨٥ خبيراً للأمانة العامة لمجلس وزراء الداخلية العرب في الاجتماع الثاني لمدراء الهجرة والجوازات والجنسية وإقامة الأجانب.
- تولى رئاسة وعضوية لجان إعداد لوائح القوانين والأنظمة والتعليمات الجامعية والتخطيط الجامعي، والترقية العلمية والتعيين لأعضاء هيئة التدريس، والتعضيد والبحث العلمي والتعريب والكتب المنهجية، وتدريب الطلبة، وتطوير المناهج في جامعتي البصرة وبغداد.
- ترأس المخيم العلمي بين جامعة البصرة وجامعة الاسكندرية عام ١٩٦٦ في مصر.
- ترأس عدة وفود طلابية رسمية من جامعة البصرة إلى تركيا ومصر والكويت والمملكة العربية السعودية.
- تولى تدريس قانون العقوبات والقانون الدولي الخاص وأحكام المقاولات ومبادئ القانون وقانون العمل وعلم الإجرام والعقاب والحقوق العينية وقانون الإجراء في كليات وجامعات عراقية وعربية مختلفة منها، كلية تجارة البصرة وكلية الحقوق وكلية الهندسة في جامعة البصرة، وكلية التجارة وكلية الهندسة في جامعة الرياض بالمملكة العربية السعودية، وقسم القانون وقسم السياسة في كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد، وكلية الشرطة والمعهد

العالي لضباط قوى الأمن الداخلي وكلية القوة الجوية في العراق، وكلية القانون في جامعة صلاح الدين ومعهد الادارة العدلية في أربيل والمعهد الفني في كركوك ومعهد الحقوق والعلوم الادارية في جامعة باتنه في الجزائر وكلية الحقوق في جامعة مؤتة و في قسم القانون بكلية الاقتصاد والعلوم الإدارية في جامعة اليرموك وكلية الحقوق في الجامعة الأردنية وكلية الحقوق في جامعة إربد الأهلية وكلية الحقوق في جامعة جرش الأهلية بالمملكة الأردنية الهاشمية.

- أشرف على عدة رسائل ماجستير ودكتوراه في القانون الجنائي والقانون الدولي الخاص في جامعة بغداد وعلى عدة بحوث في المعهد القضائي والمعهد العالي لضباط قوى الأمن الداخلي في العراق.
- كوفيء بكتب شكر وتقدير لجهوده العلمية من عميد كلية القانون والسياسة في جامعة بغداد، وعميد كلية القانون في جامعة صلاح الدين، وعميد كلية الشرطة، ومدير المعهد العالي لضباط قوى الأمن الداخلي، وآمر كلية القوة الجوية العراقية، وعميد المعهد الفني في كركوك، ورئيس المجمع العلمي العراقي، ورئيس جامعة بغداد وعميد كلية التجارة في جامعة الرياض والأمين العام لمجلس وزراء الداخلية العرب في تونس، وكوفيء بجوائز عينية من السيد رئيس جمهورية العراق، ورئيس جامعة بغداد، وعميد كلية القانون في جامعة صلاح الدين، ومدير المعهد العالي لضباط قوى الأمن الداخلي وعميد كلية الشرطة في بغداد، وعميد المعهد الفني في كركوك، وعميد معهد الحقوق والعلوم الإدارية في جامعة باتنه بالجزائر، والأمين العام لمجلس وزراء الداخلية العرب في تونس.
- أحيل على التقاعد بناء على طلبه برتبة أستاذ مشارك في كلية القانون والسياسة بجامعة بغداد بتاريخ ١٩٨٥/٩/١.
- عمل محامياً للفترة من ١٩٨٥/٩/١ لغاية ١٩٩١/٩/١ في العراق.
- عين محاضراً متفرغاً في كلية الحقوق بجامعة مؤتة في ١٩٩١/١٠/١٢.
- عين أستاذاً مشاركاً في قسم القانون بكلية الاقتصاد والعلوم الادارية في جامعة اليرموك اعتباراً من ١٩٩٢/٩/١.
- عين استاذاً مشاركاً في كلية الحقوق بجامعة جرش الأهلية اعتباراً من ١٩٩٨/١٠/١.
- صدرت له المؤلفات الآتية:

اولاً- كتب نشرت له في الادب والتاريخ والاجتماع والسياحة في مرحلة الدراسة الاعدادية والجامعية قبل حصوله على شهادة الليسانس في الحقوق عام ١٩٥٦ وهي:

١- الداودية ماضيها وحاضرها- المطبعة الحيدرية- النجف الأشرف/ ١٩٥٠ (نفد).

٢- ثلاثون يوماً في تركيا- مطبعة أسعد- بغداد/ ١٩٥٤ (نفد).

٣- يا ظالمتي. قصة أدبية طويلة- مطبعة أسعد- بغداد/ ١٩٥٥ (نفدت).

٤- خاتمة المطاف. قصة أدبية طويلة- مطبعة أسعد- بغداد/ ١٩٥٥ (نفدت).

ثانياً- كتب نشرت له في القانون والعلوم السياسية بعد حصوله على شهادة الدكتوراه في القانون من جامعة انقرة عام ١٩٦٤ وهي:

١- مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الأول- مطبعة أديب- البصرة/ ١٩٦٤ (نفدت)

٢- مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الثاني- مطبعة حداد- البصرة/ ١٩٦٥ (نفدت أيضاً).

٣- نظرية الإحالة في القانون الدولي الخاص- دار الطباعة الحديثة- البصرة/ ١٩٦٥ (ساعدت جامعة البصرة على نشر هذا الكتاب ونفد أيضاً).

٤- نظام الانتداب وجريمة فلسطين- دار الطباعة الحديثة- البصرة/ ١٩٦٥ (نفد أيضاً).

٥- مذكرات في العلوم الإنسانية- دار الطباعة الحديثة- البصرة/ ١٩٦٥ (نفد هذا الكتاب أيضاً).

٦- شرح قانون العقوبات العسكري وقانون أصول المحاكمات العسكرية وفقاً لمنهج كلية القوة الجوية العراقية- مطبعة حداد- البصرة/ ١٩٦٦ (ساعدت كلية القوة الجوية على نشر هذا الكتاب ونفد أيضاً).

٧- مذكرات في مبادئ العلوم السياسية. الجزء الثالث. دار الطباعة الحديثة- البصرة/ ١٩٦٦ (نفد هذا الكتاب أيضاً).

٨- شرح قانون العقوبات العراقي- القسم العام. دار الطباعة الحديثة- البصرة/ ١٩٦٩ (ساعدت جامعة البصرة على نشر هذا الكتاب ونفد أيضاً).

٩- القانون الدولي الخاص السعودي- مسحوب بالرونيو- مؤسسة خدمة العلم- الرياض/ ١٩٧١.

١٠- مذكرات في مبادئ القانون- مسحوبة بالرونيو-مؤسسة خدمة العلم- الرياض/ ١٩٧٢.

١١- القانون الدولي الخاص. النظرية العامة وأحكام الجنسية العراقية. الطبعة الأولى- مطبعة أسعد- بغداد/ ١٩٧٤ (ساعدت جامعة بغداد على نشر هذا الكتاب ونفد أيضاً).

١٢- القانون الدولي الخاص. النظرية العامة للموطن والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون العراقي. الطبعة الأولى- دار الحرية للطباعة- بغداد/ ١٩٧٦ (ساعدت جامعة بغداد على نشر هذا الكتاب ونفد أيضاً).

١٣- القانون الدولي الخاص- الجنسية والمركز القانوني للأجانب وأحكامهما في القانون

العراقي- مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/ ١٩٨٢ (طبع هذا الكتاب على نفقة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في العراق للمرحلة الرابعة في كليات العلوم السياسية بالجامعات العراقية).

١٤- القانون الدولي الخاص. الجزء الأول- الجنسية والموطن ومركز الأجانب وأحكامها في القانون العراقي بالاشتراك مع الدكتور حسن محمد الهداوي- مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/١٩٨٢(طبع هذا الكتاب على نفقة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في العراق للمرحلة الرابعة في كليات القانون بالجامعات العراقية).

١٥- القانون الدولي الخاص. الجزء الثاني- تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية- بالاشتراك مع الدكتور حسن محمد الهداوي- مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل/ ١٩٨٢ (طبع هذا الكتاب على نفقة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي في العراق للمرحلة الرابعة في كليات القانون بالجامعات العراقية).

١٦- القانون الدولي الخاص الأردني- الكتاب الثاني في الجنسية الأردنية - مطبعة الروزنا إربد/١٩٩٤.

١٧- المدخل إلى علم القانون وخاصة الأردني - مطبعة الروزنا - أربد/ ١٩٩٥.

١٨- القانون الدولي الخاص الأردني -الكتاب الأول في تنازع القوانين وتنازع الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الأحكام الأجنبية - دراسة مقارنة- مطبعة الروزنا -إربد/ ١٩٩٦.

١٩- شرح قانون العمل الأردني- مكتبة الفجر- إربد/ ١٩٩٩.

ثالثاً- ونشرت له البحوث الآتية:

١- أموال الأسرى- مجلة القوة الجوية العراقية. العدد السادس. كانون الثاني/ ١٩٦٥.

٢- مدى سريان القانون الجنائي من حيث المكان بالنسبة للجرائم التي ترتكب داخل السفن والطائرات والأقمار الصناعية- مجلة الأقلام العراقية. الجزء السابع. السنة الثانية. آذار/ ١٩٦٦.

٣- تأثير الزواج على جنسية المرأة المتزوجة من أجنبي في القانونين العراقي والتركي- مجلة الأقلام العراقية. الجزء الثاني عشر. السنة الثانية. آب/ ١٩٦٦.

٤- مقومات الأمة العربية- التاريخ- مجلة جامعة البصرة. العدد الأول والثاني. السنة

الأولى/ ١٩٦٨.
٥- بعض الجرائم المخلة بالانتظام والشرف العسكري- مجلة القوة الجوية العراقية. العدد السابع. نيسان/ ١٩٦٧.
٦- السفن الحربية وإقليم الدولة- مجلة قيادة القوة البحرية العراقية. العدد الأول. السنة الأولى. آب/ ١٩٦٧.
٧- العنوان التجاري في القانونين العراقي والتركي- مجلة التاجر لغرفة تجارة البصرة. العدد الأول. السنة الأولى. آب/ ١٩٦٧.
٨- التجنس في القانونين العراقي والتونسي- مجلة القانون والاقتصاد لهيئة القانون والاقتصاد في جامعة البصرة. العدد الأول والثاني. السنة الأولى. أيلول/ ١٩٦٨.
٩- حل رموز الكتابة الهيروغليفية- مجلة الأقلام العراقية. العدد الأول. السنة الخامسة. أيلول/ ١٩٦٨.
١٠- حلول بعض المسائل في القانون الدولي الخاص السعودي. مجلة كلية التجارة في جامعة الرياض. العدد الأول. السنة الأولى. أيلول/ ١٩٧١.
١١- أسباب ازدواج الجنسية في القانون الدولي الخاص السعودي- مجلة كلية التجارة في جامعة الرياض. العدد الثاني. السنة الأولى. أذار/١٩٧٢.
١٢- تنفيذ الأحكام الأجنبية- مجلة القانون المقارن. العدد الرابع عشر. السنة التاسعة/١٩٨٢.
١٣- شروط التجنس في قوانين دول الخليج العربي. مجلة التوثيق الإعلامي لمركز التوثيق الإعلامي في دول الخليج العربي. المجلد الأول. العدد الرابع. السنة الأولى/ ١٩٨٢.
١٤- الآثار القانونية للتبني والضم في قوانين الأحداث والأحوال الشخصية والجنسية العراقية- مجلة القانون المقارن. العدد الخامس عشر . السنة العاشرة/ ١٩٨٣.
١٥- دراسة مقارنة لقوانين الجنسية في الدول العربية- من وثائق الاجتماع الثاني لمدراء الهجرة والجوازات والجنسية في الدول العربية الذي عقد في تونس للفترة من ٦-١٩٨٥/٧/٨.
١٦- دراسة مقارنة لقوانين الإقامة في الدول العربية- من وثائق الاجتماع الثاني لمدراء الهجرة
والجوازات والجنسية في الدول العربية الذي عقد في تونس للفترة من ٦- ٨/٧/ ١٩٨٥م.
١٧-أثر تقنية الإنجاب وخاصة استشجار الرحم من النواحي الشرعية والقانونية والاجتماعية/ ١٩٩٦م، مجلة (أبحاث اليرموك -سلسلة العلوم الإنسانية

والاجتماعية) لجامعة اليرموك. المجلد الثالث عشر، العدد الرابع ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧م

١٨-الموطن الدولي في التشريع الأردني والمقارن بالاشتراك مع الدكتور عدنان السرحان/ ١٩٩٦م، مجلة (دراسات علوم الشريعة والقانون- المجلد ٢٤، العدد٢، كانون الأول ١٩٧٧م، شعبان ١٤١٨هـ) للجامعة الأردنية.

١٩- الأقارب والأباعد والأجانب في لغة القانون- مجلة كلية المعلمين في الجامعة المستنصرية، العدد١٢، السنة الثالثة، كانون الأول/ ١٩٩٧.

٢٠- ازدواج الجنسية في القانون الأردني والمقارن- مجلة البلقاء لجامعة عمان الأهلية، المجلد الخامس، العدد الثاني، نيسان/ ١٩٩٨م.

الفهرست

ملاحظة إلى مدرس المساق .

زميلي مدرس المساق المحترم.

تحية طيبة وبعد،

عندما أصدرت الطبعة الأولى من هذا الكتاب لم تكن تشمل بعض الموضوعات مثل نظريات أصل القانون والتقنين ونظريات تعريف الحق فتعرضت لانتقاد بعض ممن درسوها ووصفوا الطبعة بأنها ناقصة.

وعندما أضفت تلك الموضوعات إلى الطبعة الثالثة والرابعة تلقيت انتقادات مفادها سعة الكتاب وتفصيلات موضوعاته.

وإزاء هذا التناقض أنت سيد الموقف ولك الحرية التامة في إضافة أو ترك بعض الموضوعات من الكتاب خلال تدريسك له وبحسب تقديرك. ومع ذلك أشير هنا إلى إمكان ترك بعض الموضوعات المدرجة أدناه دون أن يؤثر ذلك في الحصيلة النهائية المطلوبة، خاصة إذا داهمك الوقت في نهاية الفصل.

١- المبحث الثالث-المذاهب المختلفة في أصل القانون من السطر الثالث في الصفحة ١٣ إلى السطر الخامس من الصفحة ١٧.

٢- تفاصيل موضوعات القانون الدولي الخاص في بداية الصفحة ٦٧ إلى السطر الخامس من الصفحة ٧٠.

٣- تفاصيل قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون الأجنبي (المصلحة الوطنية) من السطر العاشر في الصفحة ١٢٢ إلى السطر ١١ من الصفحة ١٢٥.

٤- مبدأ رقابة دستورية التشريع من السطر السابع في الصفحة ١٢٨ إلى السطر ١٦ من الصفحة ١٣٨.

٥- التقنين من السطر ١٧ في الصفحة ١٣٨ إلى السطر السادس من الصفحة ١٤٤.

٦- مصدر الإلزام في القاعدة العرفية من السطر ١٩ في الصفحة ١٦٠ إلى السطر الأول من الصفحة ١٦٤.

٧- أنواع العرف من السطر ١٥ في الصفحة ١٦٧ إلى الأسطر الثلاثة الأخيرة من الصفحة ١٦٩.

٨- تفصيلات المصادر التفسيرية في المبحث الثاني من السطر الثالث من الصفحة ١٧٥ إلى نهاية الصفحة ١٨١.

٩- نظريات تعريف الحق من السطر ١٦ في الصفحة ٢٢١ إلى السطر الأخير من الصفحة ٢٢٤.